

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'HYPOTHEQUE DU LÉGATAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 29 octobre 1900, à 9 h. 1/2

PAR

L. NAVOIT

Président : M. WEISS.

Suffragants : { MM. BOISTEL,
PIÉDELIEVRE, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 29 octobre 1900, à 9 h. 1/2

PAR

L. NAVOIT



Président : M. WEISS.

*Suffragants : { MM. BOISTEL,
PIÉDELIEVRE, } professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE

INTRODUCTION

Une des conséquences les plus immédiates du droit de propriété, un des apanages le plus important peut-être de ce droit absolu, est assurément, pour un propriétaire, le droit de pouvoir disposer de son patrimoine à sa guise, dans les limites toutefois que la loi a cru devoir assigner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

Lorsque de son vivant, un propriétaire juge à propos de se dépouiller gratuitement, c'est à lui qu'il appartient de faire le nécessaire, pour assurer à celui qu'il veut gratifier, le bénéfice de sa générosité ; mais, lorsque c'est après sa mort seulement qu'il entend faire jouir quelqu'un de ses bienfaits, n'étant plus là pour surveiller l'exécution de ses dernières volontés, il est à craindre que ceux que la loi appelle à sa succession et que sa libéralité dépouille plus ou moins de biens sur lesquels ils avaient droit de compter, mettent peu d'empressement à se conformer à ses désirs.

Il est à craindre, d'autre part, que l'héritier chargé par lui de l'exécution de ses dispositions libérales, par une mauvaise administration des biens qu'il a recueillis, se mette dans l'impossibilité d'exécuter les legs mis à sa charge.

On peut craindre que l'héritier ne soustraie les biens héréditaires aux poursuites du légataire, par des aliénations précipitées ; enfin, la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier pourra, si ce dernier est insolvable, avoir pour résultat, par suite du concours des créanciers personnels sur les biens héréditaires, de ne faire obtenir aux légataires qu'une faible partie de ce dont le testateur avait voulu les gratifier.

Il devait tout naturellement venir à l'idée du législateur de chercher à protéger les légataires contre tous les dangers qui les menaçaient.

C'est seulement, une des sûretés accordées dans ce but aux légataires, l'hypothèque légale, qui doit faire l'objet de ce travail.

Avant d'aborder l'étude de cette hypothèque, dans notre droit moderne, il est indispensable, puisque son existence même y a été contestée, de remonter à son origine, le droit romain, et de rechercher ce qu'elle était devenue dans notre ancien droit.

Nous ferons donc précéder d'une courte introduction historique l'exposé des principes contenus dans l'article 1017 de notre Code civil.

HISTORIQUE

§ 1. — L'hypothèque du légataire en droit romain.

Dans le droit antérieur à Justinien, le légataire, comme garantie de l'exécution du legs dont il était gratifié, avait deux sûretés distinctes : la *cautio legatorum* et la *separatio bonorum*.

La première partie consistait dans une promesse faite par le débiteur du legs, accompagnée de l'engagement de débiteurs accessoires ; la seconde donnait au légataire un droit de préférence sur les biens de la succession, opposable aux créanciers personnels de l'héritier.

Si elles donnaient toutes deux de sérieux avantages, elles offraient aussi de graves inconvénients : difficulté d'une part pour un débiteur peu solvable de trouver des fidéjusseurs ; d'autre part, nombreuses causes de déchéances retirant le bénéfice de la *separatio bonorum* : aliénation, confusion, novation.

Justinien, dans une constitution célèbre de 529, ne reconnaissant plus qu'une seule espèce de legs, quelle qu'en soit la forme, accorda à tout légataire une action personnelle contre l'héritier, et, toutes les fois qu'elle était possible, une action réelle portant sur la chose

léguee. De plus, voulant sanctionner d'une façon plus efficace le droit des légataires et assurer l'exécution de la volonté du testateur, il créa au profit du légataire une hypothèque sur les biens meubles et immeubles de la succession.

« *Ut omnibus legatis una sit natura et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, licerat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam* (1). » Cette réforme est l'œuvre de la loi I au Code, *communia de legatis et fideicommissis*, dont le passage précité des Institutes n'est que le résumé.

Remarquons-le en passant, l'obligation hypothécaire ne pèse pas seulement sur l'héritier, mais sur tous les débiteurs d'un legs, légataires ou fidéicommissaires, et même sur toute autre personne qui pourrait s'en trouver chargée, par exemple le bénéficiaire d'une donation *mortis causâ* grevée par un testament postérieur d'un legs particulier.

En faisant cette innovation, Justinien a obéi à la grande idée qui domine le droit romain en cette matière, l'intention probable du testateur : celui-ci a dû vouloir que les légataires soient payés avant les créanciers de celui qu'il greève du legs, « *ut omnibus modis voluntati ejus satisfaciat* (2) ». Mais cette hypothèque n'est pas la conséquence d'une convention tacite ; c'est une hypo-

(1) *Instit. de legatis*, 2.

(2) L. 1, C. *Communia de legatis et fideicommissis*.

thèque légale régie par les règles de cette classe d'hypothèques.

Cette nouvelle sûreté procure aux légataires des avantages considérables : plus de recours au prêteur comme pour l'obtention de la *separatio bonorum* ; plus de crainte des causes de déchéances qui y sont attachées. Le droit hypothécaire naît à l'addition d'hérédité et suit les biens héréditaires partout où ils se trouvent : au droit de préférence de la *separatio bonorum* vient se joindre le droit de suite de l'hypothèque. Celle-ci lui sera même utile, lorsque, légataire d'un corps certain qu'il aurait pu revendiquer, l'objet du legs aura péri par la faute du débiteur, et qu'il se présentera comme créancier de l'indemnité due en raison de cette perte.

Tout en créant cette nouvelle sûreté, Justinien a laissé subsister la *cautio legatorum* et la *separatio bonorum*, qui paraissent à première vue n'avoir plus de raison d'être. Cependant leur utilité se manifeste encore sous les legs à terme et conditionnels, quand les objets de la succession sont de nature à se détériorer facilement ou même à périr dans des mains négligentes ; dans ce cas, la *cautio legatorum* conserve le droit du légataire mieux que l'hypothèque qui perd en fait tout ou partie de son efficacité.

L'hypothèque des légataires est-elle indivisible en droit romain ? c'est-à-dire, chaque héritier peut-il être tenu hypothécairement de la totalité du legs quelle que soit sa part héréditaire ? Telle est la grande controverse

qui a divisé sur cette réforme de Justinien les interprètes du droit romain.

Sans entrer dans le fonds de la discussion, il est cependant nécessaire d'examiner rapidement cette célèbre controverse.

Dans la constitution dont il est question, Justinien s'exprime ainsi : *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus in quantum personalis actio adversum eum competit*(1). Ce texte signifie-t-il que l'action hypothécaire ne fera jamais obtenir plus que l'action personnelle, comme certains auteurs le soutiennent (2) ? Ou bien, doit-on traduire ainsi : l'héritier ne peut être poursuivi par l'action hypothécaire que s'il est obligé personnellement ? On ne limite pas ainsi l'obligation hypothécaire à l'obligation personnelle. La première opinion proclame la divisibilité de l'hypothèque, la seconde affirme son indivisibilité.

Un point cependant n'est contesté par personne. Avant le partage, tant que dure l'indivision, chaque portion indivise du bien héréditaire garantit la part dont est tenu personnellement chaque héritier : il y a autant de dettes et par suite autant d'hypothèques distinctes que de débiteurs du legs.

Mais, après le partage, chaque héritier est-il tenu hypothécairement pour le tout en raison du bien héré-

(1) L. I, C. VI, XLIII.

(2) Jourdan, *L'hypothèque*.

ditaire qu'il possède ? Non, répond-on dans la première opinion ; les termes de Justinien sont formels ; l'hypothèque ne grève le bien de la succession que dans la limite de son obligation personnelle. Le légataire devra diviser sa poursuite entre tous les cohéritiers et supporter l'insolvabilité de l'un sans recours possible contre les autres. Le legs n'est pas une dette unique née dans la personne du défunt, ajoute-t-on encore ; il y a autant de dettes que d'héritiers, donc autant d'hypothèques.

« Il est évident, dit M. Jourdan (1), que Justinien a entendu déroger en quelque sorte à ce qui se passe d'ordinaire lorsqu'il y a plusieurs héritiers tenus à la fois personnellement et hypothécairement... Ce qui se passe d'ordinaire est exactement décrit dans une constitution de Dioclétien (2) : *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus, quæsitæ scinditur esse, pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur ; qui possident tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ convenientur, sed in solidum ut vel totum debitum reddant vel eo quod detinent cedant*. On dirait vraiment que Justinien, quand il dictait sa constitution, avait sous les yeux celle de Dioclétien et qu'il en prenait le contre-pied précisément à raison de la différence des situations. »

Le second système, adopté par la majorité des au-

(1) Jourdan, *L'hypothèque*.

(2) L. 2, C. VIII, XXII.

teurs, se fonde sur le caractère translatif du partage en droit romain. La dette est bien née divisée entre les cohéritiers, mais, par l'effet du partage, chaque cohéritier se trouve acquérir de chacun de ses copartageants des parts qui étaient elles-mêmes grevées d'hypothèques et par conséquent doit, conformément au principe de l'indivisibilité, pouvoir être poursuivi pour le tout (1). Certes, Justinien aurait pu créer une hypothèque *hétéroclite*, comme dit M. Demante (2). Mais ce n'est pas dans les quelques mots de la constitution que nous avons reproduits, qu'on peut découvrir une innovation aussi radicale, bouleversant toute la théorie romaine du partage et faisant de l'hypothèque des légataires une hypothèque à part, tronquée, mutilée.

Le légataire, d'après ce dernier système, peut donc après le partage poursuivre hypothécairement le paiement intégral de son legs contre un cohéritier tenu personnellement pour une portion, *tota in toto et tota in qualibet parte*. Il n'a plus à souffrir de l'insolvabilité d'un des héritiers.

La situation du légataire à Rome a donc été sans cesse en s'améliorant : de simple créancier d'un legs, protégé, il est vrai, par la procédure rigoureuse de la *manus injectio*, quand celle-ci disparut, il devint créancier en vertu de la *cautio legatorum* à laquelle le prêteur ajouta

(1) V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 962.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, t. V, p. 181.

un droit de préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, la *separatio bonorum*. Enfin Justinien lui accorda un droit hypothécaire, fondé sur la volonté présumée du défunt, auquel il a donné tous les effets de l'hypothèque légale sans restriction.

Nous verrons que notre Code a conservé ces deux dernières sûretés dans notre droit moderne ; qu'en particulier, notre hypothèque du légataire a été à peu près calquée sur celle créée par Justinien. Il n'était donc pas inutile d'en étudier brièvement l'origine dans la source la plus féconde de nos institutions juridiques, le droit romain.

§ 2. — L'hypothèque du légataire dans l'Ancien Droit.

La *cautio legatorum*, inconnue dans les pays de droit coutumier, tomba peu à peu en désuétude dans les pays de droit écrit (1).

La séparation des patrimoines et l'hypothèque restèrent les deux garanties accordées aux légataires dans notre ancien droit.

L'hypothèque des légataires souleva toutefois de vives discussions : quelques auteurs, mais en très petit nombre, en nièrent l'existence. Ces divergences s'expliquent par cette considération qu'il s'agissait là d'une institution étrangère au droit coutumier. Aucun texte n'avait naturalisé dans notre ancien droit les dispositions de la L. 1, C. *communia de legatis*.

Bourjon nie d'une façon énergique l'existence de cette sûreté : « Le testament, quoique authentique et passé par devant notaires, dit-il (2), ne produit pas d'hypothèque sur les biens du testateur qui ne contracte aucun engagement par la rédaction de son testament : raison qui me paraît effacer toute idée d'hypothèque ; et par conséquent, où il n'y a pas d'hypothèque, il ne peut y avoir de poursuite hypothécaire. »

(1) Furgole, *Traité des testaments*, II, 203 et 204.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*.

Renusson (1) aussi se refuse absolument à reconnaître une hypothèque aux légataires. Dans un seul cas, cependant, selon lui, ceux-ci sont nantis d'une hypothèque : c'est quand ils sont gratifiés par un testament passé devant personnes publiques ; mais ce n'est pas là, fait-il remarquer aussitôt, une exception au principe. C'est en qualité de possesseurs d'un titre authentique, qui toujours dans l'ancien droit a force hypothécaire, comme on sait, et non comme légataires, qu'ils ont une hypothèque. C'est donc, comme disent MM. Aubry et Rau, une hypothèque *ex testamento* résultant de l'authenticité du testament.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer ici que la théorie de l'hypothèque testamentaire a repris faveur en Belgique au point d'inspirer la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, article 43. Nous aurons d'ailleurs occasion d'en reparler ultérieurement.

Dans ce système, la libéralité contenue dans un testament olographe ne fait pas naître d'hypothèque ; à moins toutefois que l'écriture du testament n'ait été reconnue en justice.

La grande majorité des auteurs, Dumoulin, Cujas, Pothier, pour ne citer que les principaux, et la jurisprudence avec eux accordaient une hypothèque légale aux légataires. « La constitution de Justinien est suivie en France, dit Pothier, et tout ce en quoi elle diffère du

(1) Renusson, *Traité des propres*, ch. 3, sect. 12, n° 40.

droit romain, c'est que, par notre droit, le légataire ne peut intenter l'action hypothécaire ou l'action en revendication qu'il ne se soit fait saisir de son legs par l'héritier. »

Merlin, à son tour, s'exprime ainsi : « Si cet auteur (il s'agit de Bourjon) appuyait sa doctrine sur un usage particulier à la France et qu'il donnât des preuves de cet usage, on pourrait l'écouter ; mais il parle d'après les principes généraux de la matière ; or, il est constant que le droit commun donne aux légataires une hypothèque légale proprement dite... » Le droit commun, dont parle Merlin, n'est autre que le droit romain.

Enfin, Ferrière n'est pas moins affirmatif : « Les légataires ont une hypothèque tacite sur les biens du défunt pour la délivrance de leurs legs, quoique le testament soit olographe et non reconnu par devant notaires du vivant du testateur. »

Le principe de l'hypothèque ainsi admis, la controverse romaine, que nous avons exposée avec la constitution dans laquelle elle prend sa source, est transportée dans le domaine du droit français.

On discuta la question de savoir si l'action hypothécaire pouvait être exercée pour le tout contre chacun des cohéritiers, ou si elle ne pouvait être exercée contre chacun d'eux que pour sa part.

Quelques auteurs, Charondas le Caron, Maynard, Chopin n'accordaient qu'exceptionnellement, quand il s'agissait de legs pieux, le droit au légataire de poursuivre

hypothécairement pour le tout, mais la majorité des auteurs paraît accorder ce droit au légataire sans aucune distinction.

Cette solution peut sembler étrange à cette époque où le partage avait perdu son caractère translatif de propriété.

« Les légataires, dit Poullain-Duparc (1), ont hypothèque sur les biens de la succession du testateur après toutes les dettes ; et ils sont préférables aux créanciers de l'héritier... Il ne peut y avoir de question que sur la solidité... Il s'agira de savoir si le légataire aura une action solidaire sur chacune des loties d'un même estoc ou sur chaque lotie en ligne directe, en sorte que si quelqu'un des héritiers avait vendu, et si son acquéreur s'était approprié, les autres héritiers fussent obligés de suppléer sur leurs loties.

« Je crois que cette solidité aurait lieu, parce que les héritiers ne devaient pas faire leur partage avant d'avoir prélevé le legs... Si c'est le legs d'une somme fixe ou d'une espèce particulière de meubles, il semble que la solidité doit avoir lieu contre chaque héritier qui a dû veiller à ce que ce legs fût distrait avant le partage des biens de la succession. »

Au fond, la question est mal posée par Poullain-Duparc et par la plupart de nos anciens auteurs : il n'y a pas là une question de solidarité, de *solidité*, comme

(1) Poullain-Duparc, *Principes du droit français*, chap. 20, n° 32.

dit l'auteur précité, mais bien une question de l'indivisibilité de l'hypothèque. Le mot « solidité », il est vrai, a, dit-on, dans les écrits de nos anciens jurisconsultes, visiblement le sens d'indivisibilité. C'est bien, en effet, reconnaître à l'hypothèque un caractère indivisible que d'obliger les cohéritiers à « suppléer de leurs loties » pour parfaire le legs auquel un héritier ne peut pourvoir pour sa part, parce qu'il a vendu sa part héréditaire. Et, selon Poullain-Duparc, la cause de cette indivisibilité est la faute qu'ont commise les copartageants en ne prélevant pas, avant le partage, le legs qu'ils devaient chacun pour partie. Aucun n'ayant veillé à l'exécution de la libéralité testamentaire, ils sont tous tenus de la part de ceux devenus insolvable ; sinon, le légataire, facilement frustré dans le partage, n'aurait pu obtenir la délivrance intégrale de son legs.

« Le sentiment de Renusson, ajoute Poullain-Duparc, est conforme à ce que je viens de dire, et il combat celui de Ricard qui est contraire à la solidité. »

Furgole s'attache davantage à expliquer la loi *communis de legatis* de la constitution de Justinien. Il cherche à lever l'équivoque née de la fameuse phrase que nous avons précédemment citée : *in tantum et hypothecaria... in quantum personalis actio adversus eum competit*. Il la traduit ainsi : les héritiers ne sont tenus hypothécairement qu'autant qu'ils sont tenus personnellement ; tandis que ses adversaires en donnent la traduction suivante : les héritiers ne peuvent être poursuivis par

l'action hypothécaire que pour la part pour laquelle ils peuvent être poursuivis par l'action personnelle. Si l'on adopte celle-ci, c'est admettre une hypothèque divisible qui ne peut être opposée aux tiers acquéreurs parce qu'ils ne sont pas tenus personnellement. Si l'on opte pour la première avec Furgole, on accorde aux légataires une hypothèque indivisible comme les hypothèques ordinaires.

D'ailleurs, dit Furgole, « l'hypothèque a été introduite pour assurer le paiement des legs ; la loi I le déclare. Or, une hypothèque tronquée, mutilée par la divisibilité ne remplirait pas son but. »

Enfin, la jurisprudence, longtemps indécise, finit par s'établir (1) dans le sens de cette dernière opinion conforme, croyons-nous, au droit romain. Et si cette solution fut juridique à Rome, on peut dire qu'elle ne l'est plus dans notre ancien droit. L'effet translatif du partage du droit romain ayant fait place à l'effet déclaratif dans l'ancienne France, le caractère de l'hypothèque eût dû aussi être modifié. Mais si fortes sont les institutions, si profondément enracinés sont les usages, si grands enfin sont la protection et le respect qu'on a toujours accordés aux volontés suprêmes des morts que notre code a consacré expressément cette indivisibilité de l'hypothèque des légataires dans son article 1017 !

Après avoir ainsi exposé brièvement l'origine et le

(1) Arrêt du 27 mai 1710, rapporté par Augeart.

développement historiques de l'hypothèque du légataire, nous abordons l'objet principal de notre travail, l'étude de cette hypothèque dans notre droit moderne.

Nous traiterons d'abord de l'existence et de la nature de l'hypothèque ; puis nous nous attacherons à l'étude de son étendue et de son assiette ; ensuite nous en étudierons l'inscription ; en quatrième lieu, nous analyserons ses effets ; enfin nous verrons comment elle peut s'éteindre.

CHAPITRE PREMIER

EXISTENCE ET NATURE DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE.

SECTION I

Existence de l'hypothèque du légataire.

Nous avons vu comment le droit romain et l'ancien droit français avaient conçu l'hypothèque des légataires; nous avons exposé sommairement les controverses nées de l'interprétation des textes latins et reprises par les légistes féodaux. Nous arrivons maintenant à notre droit moderne.

Notre Code n'a pas aplani, loin de là, les anciennes difficultés. Dès le seuil de notre étude, nous rencontrons les mêmes discussions que notre nouveau texte législatif n'a fait que raviver.

L'article 1017 du Code civil s'exprime ainsi : « Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.

« Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. »

Trois systèmes se sont formés sur la portée qu'il convient d'accorder à l'article précité.

Pour certains auteurs, non des moins célèbres, l'article 1017, qu'aucun texte postérieur n'est venu confirmer, est purement et simplement non avenu ; il est inutile et doit être supprimé.

Dans un second système, soutenu par des légistes éminents, l'article 1017 ne confère pas aux légataires une hypothèque distincte du droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines de l'article 2111. L'hypothèque de l'article 1017 n'est pas autre chose, selon M. G. Demante et ses partisans, que le bénéfice de séparation des patrimoines présenté sous un autre nom et sous une autre forme.

Le troisième système enfin, adopté par la majorité des auteurs et suivi par la jurisprudence, admet que l'article 1017 a de nouveau consacré sous l'empire du Code civil le régime de la constitution de Justinien et de notre ancien droit. C'est, à notre sens, le système le plus juridique, qui tient à la fois le plus compte des textes et de la tradition.

§ 1. — Système niant l'existence de l'hypothèque du légataire.

D'après MM. Aubry et Rau, le légataire, malgré les termes si formels de l'article 1017, n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de la succession. Une seule sûreté lui est donnée, la séparation des patrimoines.

L'article 1017, disent ces savants jurisconsultes, suppose l'existence d'une hypothèque légale en faveur du légataire, mais ne la crée pas. Le législateur, comptant qu'elle serait établie plus tard, au titre des hypothèques, se contente ici de fixer l'étendue de l'action hypothécaire qui pourrait être accordée au légataire.

Or, l'article 2121, au titre des hypothèques, est resté muet au sujet des légataires et d'une hypothèque en leur faveur ; cette sûreté, prévue par l'article 1017, n'a pas été consacrée plus tard ; donc cet article est inutile ; c'est un vestige presque effacé d'une institution supprimée par le législateur de 1804.

Pour en arriver à cette conclusion inattendue, la suppression radicale d'un texte, MM. Aubry et Rau invoquent d'abord les travaux préparatoires. En effet, la commission de rédaction du Code, pour régler définitivement l'étendue de l'obligation hypothécaire des héritiers, avait ainsi libellé les articles 99 et 100 du projet :

« ART. 99. — Les héritiers ou débiteurs d'un legs sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession. Ils en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. »

« ART. 100. — L'hypothèque du légataire est légale, elle résulte de la donation valablement faite, même sous signature privée, dans les formes ci-dessus indiquées. »

L'article 99 a passé dans la rédaction définitive. Celui-

ci ayant déterminé l'étendue de l'hypothèque, l'article 100 en définit la nature.

Mais la disposition de ce dernier article était en opposition avec un autre texte, l'article 42 du projet de titre des hypothèques ; il était ainsi conçu : « Les dispositions testamentaires reçues par acte authentique n'emportent hypothèque que du jour du décès. » Ce texte n'accordait donc la force hypothécaire qu'au testament passé par devant notaire, tandis que l'article 100 l'étendait même aux testaments mystiques ou olographes. Aussi la section de législation du Conseil d'Etat, chargée de coordonner les dispositions du Code et de supprimer les contradictions qui se glissent nécessairement dans une œuvre aussi complexe issue d'une collaboration nombreuse, supprima purement et simplement l'article 100 tout entier (1).

« Il résulte de ce qui précède, disent MM. Aubry et Rau (2), que la commission de législation, en proposant l'article 99 ci-dessus transcrit, et, à plus forte raison, la section de législation, en adoptant cet article qui est devenu l'article 1017 du Code, ont eu bien moins en vue de conférer une hypothèque aux légataires que de déterminer la nature de celle qu'ils supposaient devoir leur être accordée conformément au droit ancien et d'en déterminer les effets relativement aux héritiers. »

Il semble que MM. Aubry et Rau prêtent délibérément

(1) Locré, t. XI, p. 242 et 243.

(2) Aubry et Rau, t. VI, § 722.

au législateur une intention qu'il n'a peut-être pas eue. Tout au plus celui-ci a-t-il pu songer, au moment de la rédaction de l'article 99, qu'un texte viendrait au titre des hypothèques confirmer ce qu'il avait dit au titre des successions.

« Or, continuent MM. Aubry et Rau, la supposition dans laquelle avait été rédigé cet article ne s'est pas réalisée. On ne trouve en effet au titre des hypothèques aucune disposition qui établisse explicitement ou implicitement au profit des légataires une hypothèque quelconque. »

L'argument tiré par MM. Aubry et Rau du silence de l'article 2121 nous paraît rien moins que probant ; l'article 2121 n'a-t-il pas d'autres lacunes ? parle-t-il des privilèges dégénérés en hypothèques ? parle-t-il de l'hypothèque accordée aux créanciers de la faillite ? Et pourtant personne ne songe à nier leur existence affirmée dans d'autres textes, comme la sûreté qui nous occupe résulte de l'article 1017. N'avons-nous pas des omissions, des contradictions nombreuses dans notre Code, ou des dispositions si obscures qu'il est parfois malaisé de démêler la pensée du législateur ? Eh bien, ici le silence de la loi peut être le résultat soit de la conviction des rédacteurs qu'ils se sont assez clairement exprimés pour une matière traditionnelle, soit d'un oubli excusable.

D'ailleurs, est-ce en passant sous silence une institution aussi ancienne que le législateur a pu l'abolir ? Ce

n'est pas admissible ; nous retrouverions tout au moins des traces de la discussion à laquelle eût sans aucun doute donné lieu une telle réforme ; or, nous avons une preuve que les rédacteurs du Code ont étudié la question, c'est l'article 1017 même ; et on veut le considérer comme lettre morte ! « Supposer n'est pas disposer », répondent MM. Aubry et Rau ; affirmer n'est pas prouver, leur répliquons-nous. L'article 1017 suppose et dispose tout à la fois : il suppose l'hypothèque admise, puisqu'il dispose quant à ses effets ; donne-t-on des effets à une chose qui n'existe pas ? Et nous ajoutons : il est très compréhensible que le Code n'ait pas jugé utile de s'expliquer sur l'existence même d'une sûreté si ancienne, que personne ne contestait, qu'aucun jurisconsulte ne songeait à supprimer ; tandis qu'il était capital de déterminer nettement l'obligation hypothécaire de l'héritier qui avait été jadis la source intarissable de discussions sans fin.

C'est là la meilleure preuve qu'on puisse donner de l'existence de l'hypothèque du légataire. Les arguments de textes ont certes leur valeur, mais il ne faut pas en faire la base de toute critique juridique, on risquerait de tomber dans l'absurde ; il faut s'élever au-dessus des mots ; il faut chercher la pensée du législateur ; c'est l'histoire, c'est la tradition qui sont souvent son guide !

Nous avons vu MM. Aubry et Rau arguer de la suppression de l'article 100 du projet en l'opposant à l'ar-

ticle 42 pour soutenir l'abolition de l'hypothèque des légataires.

Ces auteurs nous paraissent tomber dans une double erreur. Quelle contradiction y a-t-il entre les articles 42 et 100 ? « Les dispositions testamentaires reçues *par acte authentique*, dit le premier, n'emportent hypothèque que du jour du décès. » « L'hypothèque du légataire, dit le second, résulte de la donation valablement faite même *sous signature privée*... » L'article 42 fixe l'époque où l'hypothèque produit effet ; or, cette époque est exceptionnelle ; le droit commun, d'après l'article 41 du projet, était de lui donner sa force dès la date même de l'acte qui la fait naître. L'article 42 ne dit pas du tout que le testament public seul confère cette sûreté. Il ne contredit donc pas l'article 100, qui fait résulter l'hypothèque non seulement des testaments authentiques, mais même des testaments olographes ou mystiques.

Pourquoi alors avoir supprimé ces deux articles ? L'article 41, qui consacrait le système des hypothèques occultes, fut critiqué par le tribunal de cassation qui, au contraire, proposa dans son contre-projet le système de publicité des hypothèques. Ce système fut définitivement admis dans notre Code, l'article 41 fut supprimé et, par suite, l'article 42 qui n'en était que la conséquence. Quant à l'article 100, peu à sa place à la suite de l'article 99, il faisait double emploi avec lui. Il ne fait que répéter explicitement, il est vrai, les disposi-

tions implicitement contenues dans la partie finale de l'article 99. Il a semblé aux rédacteurs définitifs du Code qu'une institution aussi traditionnelle que l'hypothèque qui nous occupe n'avait pas besoin de longs développements. Ils ont sans doute pensé, comme nous, que régler une controverse était suffisant pour consacrer le principe.

MM. Aubry et Rau arrivent donc à conclure à la suppression des mots « hypothécairement pour le tout » de l'article 1017. Ils cherchent leur dernier point d'appui pour étayer leur théorie dans l'article 873. Celui-ci renferme les mêmes mots que nous venons de citer de l'article 1017. A-t-on jamais songé, disent-ils, à accorder aux créanciers héréditaires une hypothèque semblable à celle qu'on veut donner aux légataires ? Evidemment non. Alors pourquoi interpréter de façons différentes deux expressions identiques ? Puisque dans l'article 873 il est fait allusion à l'hypothèque obtenue par les créanciers du vivant du testateur, on doit dire que l'article 1017 suppose une hypothèque consentie dans le testament en faveur du légataire par le testateur lui-même qui veut le favoriser et assurer l'exécution de sa libéralité.

MM. Aubry et Rau semblent ne pas s'apercevoir que la situation n'est pas la même. De ce que le législateur a employé les mêmes termes dans deux articles assez éloignés, il ne s'ensuit pas nécessairement que leur interprétation doive être identique.

Les créanciers hypothécaires du défunt, dit en substance l'article 873, pourront recourir pour le tout par l'action hypothécaire contre l'héritier qui détient dans son lot les immeubles hypothéqués, parce que leur dette, née entière dans la personne du *de cujus*, a été sauvegardée par une hypothèque unique et que ce serait les léser que de scinder la garantie qu'ils ont voulu s'assurer. Les créanciers chirographaires, n'ont pas à se plaindre de la situation qui leur est faite par la mort de leur débiteur ; ils pouvaient la prévoir ; pour éviter soit son insolvabilité soit celle de ses ayants cause, ils pouvaient exiger des garanties. S'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils ont eu confiance dans le crédit de leur débiteur. La loi n'avait pas à intervenir après coup pour les protéger, quand ils ont jugé inutile de se protéger eux-mêmes.

Pour les légataires, la situation n'est pas la même. Ce ne sont pas des créanciers du défunt ; ils ne sont créanciers que de ses héritiers. Ignorant généralement la libéralité à eux faite, ils n'ont pu exiger une sûreté du testateur ; l'eussent-ils connue, ils se seraient bien gardés d'indisposer par une exigence intempestive la générosité de leur bienfaiteur. Il est naturel que la loi les protège contre des héritiers qui, soucieux en général de faire honneur aux dettes de leur auteur, sont d'ordinaire peu disposés à abandonner à des légataires une part à laquelle ils se croyaient en droit de prétendre.

C'est cette protection que l'article 1017 leur donne dans des termes dont l'identité avec ceux de l'article 873

a induit en erreur MM. Aubry et Rau. Ces éminents maîtres en sont arrivés à cette conclusion qui nous étonne : la suppression des mots « hypothécairement pour le tout ». C'est vraiment se débarrasser un peu trop cavalièrement d'un texte gênant et étouffer avec trop de précipitation une discussion importante ! Forts de nos arguments et de la tradition, nous aimons mieux prêter une légère obscurité au législateur qu'une inutilité ou une incohérence.

Enfin, dernier argument de MM. Aubry et Rau, l'hypothèque ne sert à rien pour les légataires : la séparation des patrimoines est une sûreté plus efficace. Mais l'acceptation de l'héritier pour débiteur n'empêche-t-elle pas d'obtenir la séparation des patrimoines ? L'hypothèque n'est pas soumise à cette cause de déchéance. La séparation des patrimoines donne-t-elle plus qu'un droit de préférence ? Non, selon nous. L'hypothèque, quoique non privilégiée, sera souvent plus utile en raison du droit de suite qui y est attaché. Enfin, mais ce point est discuté, le droit hypothécaire est indivisible, tandis que celui qui naît de la séparation est divisible.

Nous ne suivrons donc pas plus MM. Aubry et Rau dans cet argument *in extremis* que dans leur théorie tout entière.

§ 2. — Système confondant l'hypothèque du légataire avec la séparation des patrimoines.

Le second système que nous devons exposer est celui

éloquemment soutenu par M. Gabriel Demante (1) qui a développé d'une façon remarquable la théorie proposée par Grenier (2) et Toullier (3) ; elle est si voisine de celle de MM. Aubry et Rau que, d'après eux, elle se confondrait avec la leur : « Ils (MM. Grenier, Toullier et G. Demante) semblent partager notre opinion, disent-ils, en ce qu'ils n'accordent pas aux légataires une hypothèque distincte du droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines. Si ces auteurs attribuent à ce droit de préférence qu'ils qualifient de privilège ou d'hypothèque privilégiée des effets beaucoup plus étendus que ceux que nous y attachons, cela tient à des notions inexactes sur la nature de la séparation des patrimoines. »

Malgré ces affirmations, il existe entre la théorie de MM. Aubry et Rau et celle de M. Demante des différences fondamentales qui ne permettent pas de les confondre.

Voici, en substance, comment on peut formuler le système de M. Demante : les légataires ont une hypothèque légale établie par l'article 1017. Les expressions de cette disposition sont assez significatives pour qu'on ne puisse se soustraire à leurs conséquences. Mais, au fond, cette hypothèque se confond avec la séparation des patrimoines dont elle emprunte les règles : mêmes délais

(1) *Rev. crit.*, 1854, V, 179.

(2) *Des donations*, I, 311 et 312.

(3) Toullier, t. V, 567-569.

d'inscription, même effet de rétroactivité. En un mot, elle n'a de l'hypothèque que le nom.

Un abîme sépare les deux systèmes. L'un ne donne à l'article 1017 qu'une valeur pour ainsi dire provisoire en tant qu'application d'un principe que l'on compte voir établir plus tard dans la théorie générale des hypothèques, et le considère comme nul et non avenu du moment qu'il n'est plus question de cette sûreté au titre des hypothèques. L'autre, au contraire, laisse à l'article 1017 toute sa valeur, mais affirme que la séparation des patrimoines de l'article 2111 et l'hypothèque de l'article précité ne sont que le complément l'une de l'autre, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une seule sûreté nouvelle dont les effets sont ceux de l'ancienne hypothèque et de l'ancienne séparation confondues.

Sans doute, la théorie de M. Demante est séduisante par son unité et sa simplicité. Sans doute, en législation, elle peut se soutenir et serait peut-être même préférable à la pratique actuelle. Exposée à une époque où la loi n'avait pas une base unique et solidement établie, dans le temps où les progrès de la science du droit et l'expérience juridique transformaient peu à peu les coutumes si variables de notre ancien droit, alors sans doute le système de M. Demante aurait eu des chances de succès et aurait pu à juste titre passer dans notre législation moderne. Mais notre droit actuel ne permet pas, si j'ose m'exprimer ainsi, de donner d'aussi fortes entorses aux textes et de confondre deux théories qui,

dans notre Code, sont très distinctes. C'est au législateur, non au commentateur, de faire disparaître cette dualité si peu en harmonie avec l'idée d'unification de notre époque. C'est pourquoi nous n'admettons pas plus l'opinion de M. Demante que nous n'avons admis celle de MM. Aubry et Rau.

Selon M. Demante, si l'on admettait l'hypothèque des légataires avec toutes les conséquences légales des hypothèques en général, il faudrait décider que l'inscription deviendrait une cause de préférence entre les colégataires ; ce serait leur mettre une arme entre les mains pour se nuire mutuellement, au lieu de n'être pour eux qu'un moyen de défense contre les créanciers de l'héritier. Or, la plus stricte égalité doit régner entre colégataires ; pour cela il faut décider que, inscrite dans les six mois, elle a un effet rétroactif au jour de la mort du testateur ; alors ce n'est plus une hypothèque proprement dite ; elle se confond avec la séparation des patrimoines ; il faut compléter l'article 1017 par les articles 2114 et 2113.

Nous sommes loin de l'hypothèque de l'ancien droit. Respectueux, semble-t-il, de la tradition, ce système s'en écarte complètement en réalité. « On y a été nécessairement conduit, nous répond-on (1), par la loi de brumaire sur la publicité des hypothèques, qui a exigé que, tout en conservant le principe, on soumit l'hypothèque à des conditions de fonctionnement qui n'en fissent pas pour le légataire une garantie à peu près illu-

(1) Voir P. Piédelièvre, Thèse, 1888.

soire. Autrefois, l'hypothèque existait au profit de tous les légataires et était opposable aux créanciers de l'héritier dès le moment du décès et sans le secours d'aucune inscription. Aussi, aucun danger que l'égalité fût rompue entre eux. Aujourd'hui, avec les conséquences de l'inscription, il n'en serait plus de même, et, si le législateur n'avait pas pris soin de soumettre l'hypothèque à une réglementation qui permît aux légataires d'y trouver les mêmes garanties qu'autrefois, les légataires auraient pu trop facilement chercher à se porter préjudice ou auraient été exposés aux surprises des créanciers de l'héritier. »

Telles sont les raisons que nos adversaires mettent en avant pour démontrer que l'article 1017, ne se suffisant pas à lui-même, doit être complété par les articles 2111 et 2113.

Nous jugeons absolument inutile d'invoquer ces articles. Pour compléter l'article 1017, le droit romain et les traditions de l'ancien droit nous suffisent ; alors, l'hypothèque ne produisait effet qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier, et la formalité d'inscription n'existait pas. D'ailleurs n'a-t-on pas besoin parfois de s'appuyer sur l'histoire et la tradition pour comprendre certaines dispositions du Code ? par exemple, l'article 1167, pour ne citer que le plus célèbre.

Mais, d'après M. Demante, l'article 1017 ne fait que présenter un aspect de la séparation des patrimoines. Celle-ci, en même temps qu'elle est investie d'un droit

de préférence, est aussi constitutive d'un droit de suite (sur les immeubles seulement bien entendu), et c'est à ce droit de suite que l'article 1017 fait allusion en disposant que le débiteur d'un legs est tenu « hypothécairement ». La séparation des patrimoines devient donc avec M. Demante un privilège proprement dit, complet, absolu.

Comment MM. Aubry et Rau ont-ils pu se tromper au point de vouloir presque confondre leur théorie avec celle de M. Demante ? Celui-ci accorde à la séparation des patrimoines un droit de suite né de l'article 1017. Ceux-là ne lui donnent qu'un droit de préférence, résultant de l'article 2111, mais sans la considérer comme un privilège, et l'article 1017 pour eux ne compte pas.

Tels sont les deux systèmes qui, d'une façon différente, arrivent à nier l'hypothèque des légataires car, si le second la proclame d'abord, il s'empresse aussitôt de la confondre avec la séparation des patrimoines.

Si quelques auteurs ont accepté les théories de MM. Aubry et Rau et de M. Demante (1), la grande ma-

(1) 1^o Hureaux, Des privilèges sur les immeubles, *Revue pratique de droit français*, 1874, I, p. 89, s'exprime ainsi : « Les articles 2111 et 2113, ainsi que l'article 1017 du Code civil, ont organisé, suivant nous, pour les créanciers héréditaires et pour les légataires du défunt une théorie toute nouvelle qui est la plus protectrice qu'il soit possible d'inventer. »

2^o Laurent, t. XXX, p. 511, dit : « Nous croyons comme lui (M. Thiry, professeur à l'Université de Liège) que la prétendue hypothèque légale des légataires n'a jamais existé. Le seul droit que le Code civil donnait aux légataires, c'était de demander la séparation des patrimoines. »

majorité des auteurs et la jurisprudence admettent l'existence d'une hypothèque légale distincte de la séparation des patrimoines. C'est à ce système, comme nous l'avons dit, que nous nous rallierons.

§ 3. — Système attribuant à l'hypothèque du légataire une existence distincte de la séparation des patrimoines.

Le droit romain et l'ancien droit accordaient aux légataires une hypothèque distincte de la séparation des patrimoines. Les légataires n'obtenaient la séparation des patrimoines qu'à de certaines conditions. Certaines causes leur en enlevaient le bénéfice. L'hypothèque, au contraire, était acquise de plein droit au légataire qui pouvait tout au plus en être privé par le testateur, et dont les effets ne se confondaient pas avec ceux de la séparation des patrimoines.

Rien, dans la rédaction du Code, ne manifeste l'intention de rompre avec ces traditions. Pothier, est, on le sait, le grand inspirateur des auteurs du Code de 1804. Le texte de l'article 1017 ne laisse subsister aucun doute. Aucune confusion n'est possible entre la séparation des patrimoines de l'article 2111 et l'hypothèque de l'article 1017. La première donne un droit de préférence seulement ; la place de l'article 2111 et le silence du Code quand il traite du droit de suite en sont une preuve. C'est un privilège, mais incomplet ; c'est ce qui a conduit d'éminents auteurs à chercher dans l'hypothèque de l'article 1017 un complément à cette institu-

tion imparfaite. Mais on ne peut admettre que le législateur ait employé le mot « hypothécairement » pour faire allusion à un droit privilégié que la tradition avait nettement séparé de l'hypothèque ancienne des légataires. Il est évident que les mots « hypothécairement pour le tout » désignent bien une hypothèque dans l'article 1017, comme dans l'article 873. Enfin, il est certain que les rédacteurs du Code n'ont pu faire un tel abus des termes, puisque la séparation des patrimoines, à la différence de l'hypothèque, porte à la fois sur les meubles et sur les immeubles (1).

Comme MM. Aubry et Rau, mais en sens contraire, nous prétendons tirer argument des travaux préparatoires du Code pour prouver l'existence de l'hypothèque. L'article 100 (2) du projet, qui fut supprimé de la rédaction définitive, statuait sur la nature de l'hypothèque des légataires et indiquait dans quelle limite elle leur était acquise. Mais l'article 99, qui est devenu l'article 1017, pose nettement le principe de l'hypothèque; le législateur, soucieux de faire cesser une longue controverse, décide dès maintenant quelle sera la mesure de l'action hypothécaire, sauf à réglementer plus tard au titre spécial des hypothèques la nature et les effets de la sûreté qu'il accorde aux légataires. La lacune, laissée

(1) Voir Moulton, t. 3, p. 1418.

(2) Rappelons le texte de cet article 100 : « L'hypothèque du légataire est légale, elle résulte de la donation valablement faite, même sous signature privée, dans les formes ci-dessus indiquées. »

par la rédaction définitive, excusable puisqu'il s'agissait d'une institution fort ancienne, ne peut prêter qu'à des discussions d'ordre secondaire, portant sur des points de détail, mais non sur l'existence même de l'hypothèque du légataire.

On pourra discuter si elle est donnée par la loi ou par le testament ; on pourra soulever des controverses sur ses effets, limiter ou étendre son action, lui appliquer ou non la théorie générale des hypothèques, selon qu'on s'appuiera sur le Code ou sur la tradition ; mais on ne peut admettre que le législateur ait détruit par son silence seul une institution plusieurs fois séculaire qui s'adapte si parfaitement à la nécessité sociale et aux besoins de la justice.

MM. Aubry et Rau objectent vainement que les légataires sont plus protégés que les créanciers et que cette situation n'est pas rationnelle. Nous avons déjà répondu, avec Demolombe, que la loi faisait bien de venir au secours des légataires qui n'ont pas eu, comme les créanciers qui connaissent leur titre, la faculté de prendre des précautions ; qu'en butte aux tracasseries des héritiers, ils avaient besoin d'armes plus fortes que les créanciers ; qu'enfin la loi doit sa protection aux volontés suprêmes des mourants auxquelles elle donne un caractère sacré.

Cependant nous admettons sans difficulté que la loi a parfois dépassé un peu la mesure dans la protection qu'elle accorde aux légataires. On peut lui re-

procher de n'avoir pas toujours su distinguer entre la protection et la faveur. Quoi qu'il en soit, c'est la loi ; il faut l'appliquer jusqu'à ce qu'une réforme souhaitée vienne la modifier dans un sens plus équitable.

Nous avons dit que ce système, généralement soutenu par la doctrine, était aussi adopté par la jurisprudence : elle est unanime à admettre la coexistence de l'hypothèque et de la séparation des patrimoines.

Nous ne citerons qu'un arrêt très précis de la Cour de Toulouse (1). « Attendu, dit-il, que l'hypothèque donnée par l'article 1017 du Code civil aux légataires sur les biens de la succession grevée du legs est une hypothèque légale puisqu'elle dérive de la loi et non d'une convention ; — Attendu que si elle ne se trouve pas comprise dans les hypothèques légales énumérées par l'article 2121 du même Code, c'est que cet article est seulement énonciatif et non pas limitatif... » Cet arrêt est formel, on le voit ; cette jurisprudence a été également suivie par la Cour d'Angers (2), la Cour de Rennes (3) et la Cour de cassation (4-5).

(1) 23 décembre 1870 ; Sirey, 1872, 2, 44.

(2) 23 juillet 1880 ; Sirey, 1881, 2, 15.

(3) 22 janvier 1879 ; Sirey, 1879, 1, 252.

(4) *Ibidem*.

(5) Un jugement tout récent du Tribunal de Bourges (31 mai 1900) s'exprime ainsi : « Attendu qu'il est généralement admis et qu'il paraît difficilement contestable, malgré quelques dissidences doctrinales, que l'article 1017 du Code civil confère aux légataires particuliers une hypothèque légale sur les immeubles du testateur ; qu'à la vérité ce texte en implique nécessairement l'existence antérieure et le maintien en rejetant l'opinion de Pothier sur l'une des controverses

Cette théorie, absolument indiscutée par les tribunaux français, est loin d'être universellement reconnue dans les pays étrangers régis par notre Code (Prusse Rhénane, Belgique). De nombreuses contestations se sont élevées à ce sujet.

En Belgique, la loi hypothécaire promulguée le 16 décembre 1851 a supprimé l'hypothèque légale des légataires dont l'existence d'ailleurs était auparavant contestée. « Sous l'empire du Code civil, écrit M. Laurent (1), on admettait généralement que les légataires avaient une hypothèque légale sur les biens de la succession. On demande si la loi nouvelle déroge à l'article 1017 sur lequel on fondait cette prétendue hypothèque. Toutes les commissions sont unanimes à déclarer que l'hypothèque légale du Code civil telle qu'on l'interprétait est abrogée. » Avant cette loi, M. Laurent (2) avait pris parti avec M. Thiry contre l'existence de l'hypothèque des légataires. D'autres jurisconsultes, M. Delebecque, M. Lelièvre, avec la commission spéciale chargée d'élaborer la nouvelle loi hypothécaire, reconnaissent que cette loi abolit l'hypothèque générale des légataires ; ils admettaient donc implicitement son existence antérieure.

Quelle que soit l'opinion qu'on soutienne sur ce der-

qu'elle avait autrefois soulevées... » (*Gazette des notaires*, 25 septembre 1900).

(1) Laurent, *Droit civil*, t. XXX, n° 543.

(2) Note 1, 2°, p. 31.

nier point, la loi belge de 1851 n'accorde pas d'hypothèque légale aux légataires. Elle la remplace par une hypothèque testamentaire. La commission de rédaction s'exprime ainsi : « Elle propose de donner au testateur la faculté de constituer une hypothèque sur ses biens pour assurer le paiement d'une dette ou d'un legs. Il a paru d'autant plus utile de lui conférer ce droit que la suppression des hypothèques générales, admise en principe, comprend nécessairement l'hypothèque résultant de l'article 1017 en faveur des légataires sur tous les biens de la succession (1). » Voilà un retour assez curieux aux théories anciennes. Jadis, dans notre ancien droit, quelques légistes, Renusson entre autres, avaient soutenu le système de l'hypothèque *ex testamento*, c'est-à-dire d'une hypothèque consentie à un légataire par le testateur lui-même. C'est précisément cette hypothèque que la loi belge autorise.

Cette loi de 1851, qui supprime l'hypothèque générale (2), abroge du même coup toutes les hypothèques légales et crée une théorie toute nouvelle. Elle donne le caractère de spécialité aux hypothèques des mineurs et des femmes mariées ; mais, au lieu de procéder de même pour les légataires, elle établit pour eux un système différent. Aux termes de l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. L'arti-

(1) Rapport de la commission spéciale, Parent, p. 37.

(2) Toutefois l'hypothèque légale de l'État est générale ; cette exception confirme du reste la règle.

cle 44 définit ainsi l'hypothèque testamentaire : « C'est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament pour la garantie des legs par lui faits. » Le caractère original de cette loi est d'exiger la volonté expresse du testateur. Et cette hypothèque qui procède des termes du testament n'est point la conséquence de sa forme. Que le testament soit authentique, mystique ou olographe, peu importe : l'hypothèque n'en résultera pas moins de la manifestation de volonté du testateur : c'est là une dérogation à la forme solennelle des hypothèques, dérogation favorable en somme au légataire, puisqu'elle n'impose aucune obligation au testateur qui veut créer une hypothèque testamentaire. Mais le légataire dont le legs ne sera pas accompagné d'une disposition hypothécaire ne pourra se prévaloir que de la séparation des patrimoines, maintenue par la loi belge.

SECTION II

Nature de l'hypothèque du légataire.

Nous avons dit, en cherchant à démontrer l'existence de l'hypothèque du légataire, que la loi n'avait fait que se conformer à la volonté présumée du testateur ; que cette présomption de volonté était la base sur laquelle nos anciens légistes avaient édifié cette garantie. Le Code de 1804 n'a fait que consacrer définitivement le principe romain et lui a donné, comme Justinien, un fondement légal. L'hypothèque est acquise de plein droit aux légataires, indépendamment de la forme du testament, par le simple effet de la loi.

L'objection, tirée de l'article 2121 du Code civil, que nous avons déjà vu faire contre l'existence de l'hypothèque des légataires, est encore invoquée contre son caractère légal. Rien, dit-on, n'oblige à lui appliquer la théorie des hypothèques légales ; bien au contraire, il faut même lui refuser toute assimilation avec cette classe de sûretés, puisqu'elle n'est pas comprise dans l'énumération de l'article 2121. Dans quelle catégorie alors la placer ? Elle n'est pas conventionnelle pourtant ; encore moins judiciaire. Il faut, répond-on, chercher en elle des règles propres qui en font une hypothèque à part. Nous avons vu que certains auteurs

ont été ainsi conduits à la rapprocher, à la confondre même avec la séparation des patrimoines qui, selon eux, la complète.

Nous avons déjà répondu à cette objection : l'énumération de l'article 2121 n'est pas limitative ; nous savons qu'il faut y ajouter l'hypothèque des créanciers du failli et les privilèges dégénérés en hypothèques. Pourquoi n'y ajouterions-nous pas de même l'hypothèque de l'article 1017 ? N'avons-nous pas pour nous l'autorité du droit romain et de l'ancien droit qui lui reconnaissait ce caractère ? Les rédacteurs du Code n'ont pas pu le modifier par leur silence.

La loi suppose que le testateur a voulu assurer l'efficacité de ses donations testamentaires en affectant ses biens à la garantie de leur exécution.

La volonté contraire du testateur suffirait-elle à faire perdre le bénéfice accordé par la loi ? Sans aucun doute ; libre de faire des libéralités ou de s'en abstenir, il doit avoir le droit de restreindre ou de supprimer même les garanties que la loi n'accorde au bénéficiaire qu'en se fondant sur sa volonté présumée. Il peut donc restreindre le droit hypothécaire, le retirer même et ne laisser à ses légataires que le droit de demander la séparation des patrimoines. Bien plus, il pourra même leur enlever toute garantie en ne leur accordant que l'action personnelle. Bien entendu il faudra une disposition précise du testateur pour priver les légataires de leur sûreté. Il appartiendra au juge, d'après les circonstances de la cause

et les termes du testament, de décider si la volonté du testateur a été suffisamment manifestée.

Les légataires, gratifiés par un testateur étranger, sont-ils également protégés par la même hypothèque ?

La question ne saurait se poser que si le testateur laisse des immeubles en France. Ces immeubles sont-ils affectés au paiement des libéralités qu'il a faites, lors même que la loi nationale du *de cuius* n'accorde pas d'hypothèque aux légataires ? Faut-il, en un mot, appliquer la loi étrangère ou la loi française ?

Si la loi étrangère donne une hypothèque aux légataires comme garantie du paiement de leurs legs, on comprend aisément que la même faveur soit accordée sur les immeubles situés en France. La loi française concorde exactement ici avec la volonté présumée du testateur qui a dû désirer voir tous ses immeubles, où qu'ils se trouvent, assurer l'exécution des dispositions testamentaires.

Mais la solution est plus délicate, si nous supposons que, d'après la loi étrangère, les légataires ne sont pas protégés comme en France. Y a-t-il lieu, de donner aux légataires plus de droits qu'ils n'en auraient eus dans le pays du testateur ? Nous ne le pensons pas.

Nous devons avant tout rechercher l'intention du testateur. Or, celui-ci savait que sa loi personnelle n'affectait pas ses immeubles au paiement de ses libéralités ; s'il n'a pas par son testament donné de garanties plus efficaces à ses légataires, c'est qu'il ne l'a pas voulu ; les

gratifiés ne pourront donc pas invoquer en France une sûreté à laquelle ils n'auraient pu prétendre dans le pays du défunt.

Prenons un exemple : postérieurement à la loi hypothécaire de 1851, un Belge meurt, laissant des immeubles en France. Son testament, écrit par lui ou reçu par un notaire en Belgique, contient un legs particulier auquel il n'a attaché aucune hypothèque testamentaire. comme la loi de 1851, qui abroge l'hypothèque légale, le lui permet : selon nous, ce legs n'emportera pas hypothèque sur les immeubles que le testateur a laissés en France, puisque nous ne pouvons trouver le fondement de cette hypothèque dans la volonté présumée du *de cuius*.

La jurisprudence a cependant consacré la solution contraire par de nombreux arrêts. La Cour de cassation (1) a en effet posé en principe que les immeubles qu'un étranger possède en France sont régis par la loi française, tant en ce qui concerne les questions de possession que les questions de privilèges. Elle a ainsi étendu le bénéfice de l'hypothèque au delà des limites que lui avait assignées le législateur.

Ce n'est pas une pensée de protection trop largement comprise qui a inspiré la Cour de cassation. Elle a cru faire seulement une application du principe général de l'article 3 du Code civil qui dispose dans son deuxième

(1) Cassation, 12 juillet 1870, 19 mars 1872.

alinéa : « Les immeubles même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française. »

On peut, croyons-nous, ne pas reconnaître ici l'hypothèque au légataire, sans déroger au principe de l'article 3, car on ne fait que lui refuser une garantie que la loi ne lui accordait qu'en se fondant sur une présomption de volonté du testateur.

CHAPITRE II

ÉTENDUE ET ASSIETTE DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE.

SECTION I

A quels légataires est accordée l'hypothèque légale.

L'hypothèque légale de l'article 1017 appartient-elle aussi bien au légataire à titre universel qu'au légataire particulier? Telle est la première question qui se pose et qui a été résolue diversement par les auteurs.

Les uns accordent à tous les légataires quels qu'ils soient, l'hypothèque légale. Pourquoi, disent-ils, faire une situation différente à des légataires tous également dignes de faveur? Les autres n'accordent la garantie hypothécaire qu'au légataire particulier en disant que ce n'est pas lui faire ainsi une situation privilégiée; car les autres légataires ont d'autres droits qui sauvegardent tout aussi bien leurs intérêts.

Dans une première opinion, on soutient que l'article 1017, ne faisant pas de distinction, doit s'appliquer à tous les légataires. Cette opinion a pour elle l'autorité de Justinien. Celui-ci accordait l'hypothèque aux légataires à titre universel comme aux légataires particuliers. Rien, dans le Code, qui en cette matière, s'ins-

pire de la tradition, n'indique qu'il ait voulu y déroger.

On reproche à cette solution de ne pas tenir compte de la place de l'article 1017 dans la section qui traite des légataires particuliers ; mais ses partisans objectent avec raison que l'argument est de peu de valeur, puisque les articles 1014, 1015, 1016, quoique placés dans cette section s'appliquent, tout le monde le reconnaît, aux légataires à titre universel.

Aussi invoque-t-on des arguments plus juridiques dans l'opinion contraire. La concession d'une hypothèque suppose forcément un débiteur et un créancier ; or le légataire à titre universel n'est pas le créancier de l'héritier ; les relations existant entre eux sont celles de copropriétaire à copropriétaire.

L'hypothèque, dit M. Cabantous, comme la séparation des patrimoines, est réservée aux légataires particuliers. Le légataire à titre universel a pour lui l'article 1011 ; sa demande en délivrance équivaut à une demande de partage ; l'article 883 le protège.

M. Barafort (1) est du même avis. Pourtant un doute, selon lui, s'élève lorsque les meubles sont confondus par l'héritier réservataire avec ses propres biens (2).

M. Demolombe, à son tour, au moyen d'une hypothèse typique et d'un usage courant démontre la coupable imprévoyance qu'aurait commise le Code si l'on

(1) Barafort, *Sépar. des patrim.*, p. 50.

(2) *Sic*, Montpellier, 6 juillet 1830, D. 1833.2.27.

étendait le bénéfice de l'article 1017 aux légataires à titre universel. « Supposez, dit-il, que le testateur ait fait deux légataires à titre universel, l'un de ses meubles, l'autre de ses immeubles : si l'article 1017 est applicable aux legs à titre universel, il faudra dire que les immeubles se trouvent grevés d'une hypothèque légale au profit du légataire des meubles ; mais pourquoi entre ces deux légataires à droits égaux l'un serait-il garant du lot de l'autre ? »

D'autre part, si Justinien accordait l'hypothèque aux légataires à titre universel, c'est en raison de la faveur exagérée dont jouissaient à Rome les dispositions testamentaires, exagération dans laquelle notre Code s'est gardé de tomber dans plusieurs cas.

Cette dernière opinion nous paraît être la bonne, parce que, tout en n'accordant l'hypothèque qu'au légataire particulier, elle maintient l'équilibre entre tous les légataires et leur accorde à tous une faveur égale ; telle a été évidemment l'intention du législateur.

Le légataire particulier a seul le bénéfice de l'hypothèque, disons-nous. Mais est-elle accordée à tout légataire particulier ?

Il n'y a pas de doute pour le legs d'une somme d'argent ou de choses indéterminées. C'est à cette espèce de legs, le plus fréquent dans les dispositions testamentaires, que le législateur a dû surtout songer en créant l'hypothèque.

Prenons un exemple : le *de cujus* lègue une somme

d'argent à Primus ; il se trouve des immeubles dans la succession. Si l'hypothèque n'existait pas, Primus n'aurait pour réclamer le paiement de son legs que l'action personnelle qui est l'action *ex testamento* du droit romain. Si l'héritier aliénait les biens de la succession et devenait insolvable, Primus ne pourrait venir qu'au marc le franc avec les créanciers chirographaires de l'héritier. Grâce à l'hypothèque, Primus prendra inscription sur les immeubles de la succession et pourra se faire payer intégralement sur leur valeur avant les créanciers, même hypothécaires, du débiteur du legs inscrits après lui. De plus, l'action personnelle ne permettra à Primus de poursuivre les héritiers que chacun pour sa part, tandis que l'action hypothécaire lui donnera le droit de poursuivre pour le tout celui qui aura dans son lot un immeuble de la succession.

Remarquons qu'il ne faut pas confondre cette action personnelle avec l'action en délivrance.

L'utilité de l'hypothèque pour le légataire de corps certain n'apparaît pas au premier abord ; il semble même qu'on doive lui refuser le bénéfice de cette sûreté. En effet, propriétaire de la chose léguée au jour du décès du testateur, il peut revendiquer. Or l'hypothèque est incompatible avec la revendication.

Cependant, la loi ne distinguant pas, on est en droit de décider que l'hypothèque est aussi donnée au légataire *certæ rei*. A-t-il avantage à s'en prévaloir ? Oui, lorsque l'action réelle n'est plus recevable, par exemple

lorsqu'un meuble (1) faisant l'objet du legs a été aliéné par l'héritier et que le légataire se voit opposer l'article 2279, ou lorsque l'objet du legs a péri par la faute de l'héritier. Dans ces deux cas, le légataire, de propriétaire qu'il était, devient créancier de la valeur du legs : l'hypothèque lui sera utile comme sûreté de l'indemnité qui lui est due. Dès que son droit au legs est né, c'est-à-dire à la mort du testateur, il pourra, sans attendre que la chose léguée soit sortie des mains de l'héritier, prendre inscription par mesure conservatoire de son droit de créance éventuel.

Si nous supposons que la chose léguée n'existe pas dans la succession, que le testateur a imposé à l'héritier l'obligation de se la procurer pour la remettre au légataire, ce dernier n'est pas propriétaire au décès du testateur, puisque la chose léguée ne se trouve pas en nature dans la succession ; il est créancier de l'héritier ; l'hypothèque garantira l'obligation dont ce dernier est tenu.

Les legs à terme et conditionnels sont, comme les legs purs et simples, garantis par l'hypothèque.

Le légataire pur et simple ou à terme a un droit acquis à sauvegarder ; il peut immédiatement inscrire son hypothèque. En est-il de même du legs conditionnel dont l'existence même est subordonnée à la survie du légataire à l'arrivée de la condition ? Le legs conditionnel diffère en cela de la créance conditionnelle qui,

(1) Si l'objet du legs était immobilier le légataire aurait toujours conservé la revendication.

quoique n'existant qu'au jour de la réalisation de la condition, constitue cependant un droit transmissible aux héritiers du créancier mort avant l'arrivée de la condition. Cette différence fondamentale entraîne-t-elle aussi une différence dans le mode de conservation de ces deux droits éventuels? Nous pensons que non. Comme un créancier conditionnel, le légataire sous condition peut faire les actes conservatoires de son droit, c'est-à-dire prendre inscription sur les immeubles de la succession. S'il était colloqué dans un ordre ouvert, ce ne sera que provisoirement et, dans ce cas, la somme sera déposée. Cette solution nous paraît juste, car le légataire conditionnel a les mêmes intérêts que le légataire pur et simple ou à terme; leurs droits doivent donc être les mêmes.

SECTION II

Contre quels débiteurs est donnée l'hypothèque du légataire.

L'hypothèque légale est donnée au légataire contre tous les débiteurs du legs ; elle ne grève pas seulement les héritiers. « Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs... seront tenus hypothécairement », dit l'article 1017. Peu importe la qualité du débiteur du legs : qu'il soit héritier *ab intestat* ou testamentaire, légataire universel ou à titre universel, légataire particulier, institué contractuel ou grevé de substitution, les immeubles qu'il recueille sont affectés hypothécairement au paiement du legs.

La disposition de l'article 1017 nous suffit pour décider que le légataire universel ou à titre universel chargé d'un legs est soumis à l'hypothèque légale. Nous n'allons pas, comme M. Troplong (1), chercher la source de cette obligation hypothécaire dans les articles 1009 et 1012. « Le légataire universel... sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout », dit l'article 1009. L'article 1012 s'exprime dans les mêmes termes à l'égard du légataire à titre

(1) *Hypothèques*, 2, n° 433 bis.

universel. M. Troplong croit y trouver la preuve de l'hypothèque des légataires. Est-il permis de comprendre les legs dans les dettes et charges avec M. Troplong ? Non, selon nous. Et si l'on peut hésiter à la lecture de l'article 1012, le doute n'est plus possible lorsqu'on lit la partie finale de l'article 1009 : « Il sera tenu, dit-il, d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction. » Là, le législateur statue sur son obligation aux legs, sans qu'il soit question d'hypothèque. Ce n'est donc ni dans l'article 1009 ni dans l'article 1012 qu'il faut la chercher ; l'article 1017 seul l'établit.

L'hypothèque du légataire peut-elle être exercée contre les héritiers réservataires sur les immeubles constituant leur réserve ? On ne saurait l'admettre.

Il est certain, en effet, que le législateur n'a pas pu permettre d'entamer indirectement la portion des biens qu'il interdit au testateur d'enlever directement à certains héritiers. Or, l'hypothèque est une aliénation indirecte. La quotité disponible peut seule être grevée de l'hypothèque. En conséquence, l'hypothèque ne peut frapper que les immeubles avec lesquels est composé le lot du ou des bénéficiaires de cette quotité disponible.

Prenons une hypothèse : un testateur meurt laissant deux enfants légitimes, Primus et Secundus ; il lègue à Primus tous ses immeubles et fait un legs particulier à Tertius. La succession ne comprend que des biens immobiliers. Comme le défunt laisse deux enfants réservataires, en vertu de l'article 913, la quotité disponible

est d'un tiers. Primus doit donc recueillir les deux tiers de la succession, un tiers comme réservataire et un tiers comme légataire à titre universel.

Quelle va être la garantie accordée à Tertius ? Aura-t-il hypothèque sur tous les immeubles de la succession ? Un arrêt de la Cour de Paris du 10 août 1820 nous répond : « C'est au légataire à titre universel à fournir avec les immeubles qu'il obtient du chef de son legs la garantie hypothécaire que le législateur a voulu donner aux légataires particuliers : les immeubles composant la réserve légale doivent être affranchis de cette hypothèque. »

Dans l'espèce que nous avons proposée, Tertius n'aura évidemment pas hypothèque sur les immeubles, attribués à Primus, qui ne constituent que sa réserve, puisqu'il n'est pas débiteur du legs. Il aura seulement hypothèque sur ceux qui seraient attribués à Secundus ; mais nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de limiter l'hypothèque à la partie de ces biens qui constituent la quotité disponible, à l'exclusion de ceux qui constituent sa réserve ; car, pour lui, la réserve n'est pas en jeu, puisque, dans tous les cas, elle ne saurait être atteinte par le legs particulier.

Modifions notre espèce précédente. La succession se compose de deux immeubles d'égale valeur représentant chacun un tiers de la succession, et d'un tiers en meubles. Le testateur a institué un légataire universel Tertius, et a fait un legs particulier à Quartus.

Si la part des deux réservataires leur est constituée en immeubles, l'hypothèque du légataire Quartus ne saurait prendre naissance, Tertius ne prenant que les meubles dans la succession.

N'est-il pas à craindre que les héritiers réservataires et les légataires ne s'entendent pour obtenir ce résultat et rendre ainsi illusoire l'hypothèque de Quartus ?

Le légataire serait-il en droit d'intervenir au partage pour empêcher qu'il ne soit fait ainsi au préjudice de ses droits ou ne pourra-t-il que le faire rescinder quand il aura été fait en fraude ?

Aucune disposition spéciale dans le Code civil ne répond à notre question. Le droit d'intervenir aux opérations du partage est réglé par l'article 882 du Code civil qui s'exprime ainsi : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence. »

Cet article donne donc le droit d'intervention aux créanciers des copartageants.

Que décider pour les légataires ? Sont-ils des créanciers du copartageant ? Peut-on leur donner les mêmes droits qu'aux créanciers ? Faut-il, en un mot, leur appliquer l'article 882 ?

« L'article 882, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 27 février 1826, peut être invoqué pour motiver le droit d'intervention au partage, non seulement par les créanciers proprement dits, mais par tous tiers

ayant à cet égard un intérêt juridique : le mot *créanciers* comprend tous ceux envers qui des obligations ont été contractées. »

Certes les légataires ont un intérêt juridique à intervenir au partage ; à ce point de vue l'arrêt peut être justifié. Mais cependant l'article 882 ne dit-il pas expressément les « créanciers d'un copartageant » ? Faut-il comprendre les légataires dans ce terme ? Non, croyons-nous. Le législateur, en écrivant l'article 882, n'a pas eu en vue cette classe spéciale de créanciers ; il n'a songé qu'à ceux qui ont traité personnellement avec le copartageant. Sans doute, en acceptant la succession, les héritiers ou les légataires universels ou à titre universel en ont assumé les charges et se sont particulièrement engagés à exécuter les legs ; ils sont débiteurs des legs, comme dit l'article 1017 ; mais ils n'ont pas traité directement avec le légataire ; aussi croyons-nous devoir leur refuser le droit d'intervenir.

Cependant le légataire n'est pas tout à fait sans défense. Il aura la ressource de l'article 1167 : il pourra faire rescinder au moyen de l'action paulienne le partage frauduleux qui met ses droits en péril.

Peut-être nous objectera-t-on que, ne les considérant pas comme créanciers pour l'application de l'article 882, nous ne devons pas logiquement leur accorder cette qualité, quand il s'agit de l'article 1167. Mais nous répondrons que l'article 1167 permet une extension que l'article 882 n'autorise pas en semblant bien opposer les créanciers du copartageant à ceux de la succession.

Le légataire particulier n'a droit à l'hypothèque que comme légataire ; si donc son titre est interverti par suite d'une novation intervenue avec l'héritier ou tout autre débiteur du legs, devenu créancier personnel en vertu d'une nouvelle obligation, il ne saurait invoquer la garantie qui n'était attachée qu'à la créance primitive à laquelle il a renoncé.

Nous trouvons de nombreuses décisions judiciaires en ce sens. C'est ainsi que la Cour de cassation (1) a appliqué ce principe dans l'hypothèse suivante : une certaine somme à prendre sur le prix de licitation d'un immeuble de la succession avait été léguée en nue-propriété par le testateur qui en laissait l'usufruit à l'héritier adjudicataire. Après l'adjudication, le légataire avait pris inscription sur l'immeuble licité. L'héritier adjudicataire demanda la radiation ; le légataire avait, prétendait-il, perdu son titre de légataire, et ne pouvait plus invoquer que sa qualité de nu-propriétaire. Il s'offrait d'ailleurs à fournir la caution due par l'usufruitier. La Cour admit ses prétentions.

Nous trouvons une solution analogue donnée par la jurisprudence en matière d'hypothèque légale de la femme mariée, dans l'hypothèse d'un legs fait par la femme à son mari de l'usufruit de ses droits et reprises. Elle ne reconnaît pas la prétention des héritiers de se prévaloir de l'hypothèque légale de la femme à l'encontre du mari et ne leur accorde que les droits de nus-propriétaires.

(1) Cass., 9 août 1882, Sirey, 83, 1, 402.

SECTION III

Biens soumis à l'hypothèque du légataire.

L'hypothèque des légataires ne porte que sur les immeubles provenant de la succession ; elle ne frappe pas ceux de l'héritier.

Tous les immeubles héréditaires, susceptibles d'hypothèques, qu'ils soient immeubles par nature, par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent, sont frappés par l'hypothèque du légataire. Elle frappe également les actions immobilisées de la Banque de France (Décret du 16 janvier 1808).

On s'accorde généralement à refuser au légataire le droit d'exiger du débiteur de son legs des sûretés spéciales. Soit que l'héritier n'ait pas recueilli d'immeubles dans la succession, soit que ceux qui sont tombés dans son lot aient une valeur insuffisante, le légataire n'a droit à aucune garantie hypothécaire sur les biens personnels de l'héritier.

Il en est de même si le legs est conditionnel ou payable à une époque indéterminée, parfois assez reculée ; c'est ainsi que le légataire d'une somme d'argent payable à la mort du légataire universel (1), n'aurait pas le

(1) Cass., 20 janvier 1868, Sirey, 68, 1, 100.

droit d'exiger de ce dernier une hypothèque sur ses biens personnels.

Bien qu'il n'ait pas ce droit, il pourra se faire cependant que ces immeubles soient grevés d'une hypothèque à son profit. En effet, le légataire jouira de l'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles de l'héritier contre lequel il aura obtenu un jugement de condamnation.

Nous avons vu dans la section précédente que certains biens héréditaires n'étaient pas frappés par l'hypothèque du légataire : ce sont ceux qui forment la réserve que la loi accorde à certains héritiers ; cette exclusion ne dépend pas de la source des biens ; elle résulte de la faveur dont jouissent une certaine classe d'héritiers ; c'est pourquoi nous avons traité cette question à une autre place.

Faut-il, pour que l'hypothèque du légataire puisse exister, que l'immeuble héréditaire soit possédé par l'héritier en cette qualité ?

L'héritier qui bénéficie d'un legs d'immeuble non rapportable, sera-t-il tenu hypothécairement sur cet immeuble qu'il obtient comme légataire et non comme héritier (1) ?

D'après une première opinion, tous les immeubles de la succession forment la garantie hypothécaire des légataires en vertu de l'article 1017 ; il n'y a pas lieu d'y soustraire les immeubles légués à l'un des héritiers ;

(1) Remarquons que depuis la loi de 1898 tous les legs échappent au rapport à moins de disposition contraire du testateur.

ils dépendent de la succession comme les autres immeubles. Les créanciers héréditaires n'ont-ils pas le droit d'exercer leurs poursuites aussi bien sur les immeubles préciputaires que sur les autres ? Tous les biens successoraux constituent leur gage et il ne dépend pas de la volonté du testateur de le leur enlever. De même, le légataire a le droit de poursuivre le paiement de son legs sur ces immeubles ; sinon, le testateur pourrait rendre illusoire son droit hypothécaire.

Le système contraire, que M. Thézard a magistralement développé, réfute victorieusement la théorie qui précède. Supposons deux légataires particuliers, Primus et Secundus ; Primus, légataire d'un immeuble déterminé ; Secundus, légataire d'une somme d'argent. Secundus jouira-t-il de l'hypothèque de l'article 1017 sur l'immeuble de Primus ? La négative n'est pas douteuse. Ne faut-il pas pour être tenu personnellement ou hypothécairement d'un legs être héritier ou débiteur du legs ? Or, dans notre hypothèse, c'est l'héritier qui doit acquitter les legs de Primus et de Secundus. Primus, légataire d'un corps certain, a un droit de propriété sur l'immeuble légué dès le jour de l'ouverture de la succession. Il est propriétaire du fait même du décès du testateur, sans qu'il soit besoin que l'héritier lui ait fait délivrance ; celle-ci ne fera que lui donner la possession de la chose sur laquelle il a un droit de propriété déjà acquis. Cet immeuble n'a donc jamais fait partie de la succession, puisque, par l'effet de la loi, il a passé sans

intermédiaire des mains du testateur dans celles du légataire. En vain objecterait-on qu'à l'égard des créanciers du défunt cet immeuble reste compris dans l'universalité des biens successoraux et qu'il reste leur gage au même titre que les autres ; qu'il doit donc en être de même pour les légataires que la loi assimile souvent aux créanciers héréditaires, notamment pour la séparation des patrimoines. Faire cette objection, c'est oublier la grande différence qui distingue les légataires des créanciers : ceux-ci *certant de damno vitando* ; ceux-là, *de lucro captando*. C'est aussi et surtout négliger la maxime qui domine toute cette matière : *nemo liberalis, nisi liberatus*. Un légataire ne saurait recueillir son legs avant que tous les créanciers du testateur ne soient désintéressés ; la chose léguée doit être leur gage comme tous les autres biens de leur débiteur.

Ce que nous venons de dire à propos du légataire d'immeuble étranger s'applique également à l'héritier légataire d'un immeuble et non soumis au rapport.

L'héritier doit être considéré comme étranger quant à son legs préciputaire ; dès lors, il ne saurait être tenu hypothécairement sur un immeuble qu'il ne recueille que comme légataire. Il faut faire abstraction de la qualité d'héritier de celui qui recueille un legs préciputaire.

La théorie, que nous venons d'exposer, trouve un solide point d'appui dans l'article 1017 lui-même : « Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs, décide-t-il, seront personnellement tenus de l'acquitter

chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession. » Que signifie ici le mot succession ? Il désigne l'ensemble des biens du *de cujus* que recueillent ses héritiers *ab intestat* ou ses légataires universels ou à titre universel. Ce sens est évidemment exact, car personne ne conteste que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et des charges de cette succession.

Si, par hypothèse, un héritier était légataire par préciput et à titre particulier de la portion la plus considérable même de la succession, ainsi que le dit M. L. Thézard, il ne serait débiteur des legs comme des dettes de la succession que proportionnellement à la part qu'il recueillerait à titre d'héritier : *aes alienum universi patrimonii non certarum rerum onus est*. Si l'obligation personnelle de l'héritier aux legs est limitée au prorata de la portion de biens auxquels il succède à ce titre et que ceux qui lui ont été légués par préciput n'y sont pas compris, il faut décider que l'obligation hypothécaire, réglée par le second alinéa de l'article 1017, n'atteint pas non plus les immeubles acquis à l'héritier à titre de legs préciputaire.

Un autre argument vient encore fortifier l'opinion que nous partageons avec M. Thézard. Supposons deux légataires particuliers, l'un d'une somme d'argent, l'autre d'un immeuble. Personne n'oserait soutenir que cet immeuble fût affecté hypothécairement au paiement du legs de somme d'argent ; ce serait créer une cause de

de préférence incompréhensible du légataire de somme d'argent sur le légataire d'immeuble. Pourquoi alors créer cette différence de situation s'il s'agit, au lieu d'étrangers, d'héritiers gratifiés d'un legs par préciput ? C'est l'opinion qu'exprime M. Thézard en termes très précis : « Faire porter, dit-il, l'hypothèque légale des légataires particuliers de sommes d'argent sur les immeubles légués soit à des étrangers, soit à des héritiers, ce serait établir une préférence au profit des légataires de sommes d'argent : il faudrait aller jusqu'à dire que si divers héritiers étaient également légataires par préciput, les uns de sommes d'argent, les autres d'immeubles déterminés, les premiers auraient hypothèque légale sur les biens donnés aux autres. Ce résultat est inadmissible. »

Pourquoi enfin une hypothèque légale est-elle donnée aux légataires ? C'est, nous l'avons dit au début de notre étude, pour assurer l'exécution des dernières volontés du testateur. Dès lors, si le testateur a légué par préciput un immeuble à l'un de ses héritiers, c'est sans doute afin que ce legs produise son plein effet. L'héritier légataire par préciput ne doit pas pouvoir être évincé, par suite de l'hypothèque légale d'autres légataires, de l'immeuble dont il est lui-même légataire au même titre qu'eux. On peut voir dans une telle disposition testamentaire une dispense tacite d'hypothèque. Or, nous avons vu plus haut que le testateur peut expressément dispenser certains immeubles de la charge hypothécaire ou la limiter à quelques-uns d'entre eux. Pourquoi une

dispense tacite ne serait-elle pas douée de la même valeur qu'une dispense expresse ? C'est là, croyons-nous, avec M. Thézard, « la raison qui doit dominer toutes les autres ».

Un jugement du tribunal de Montmorillon du 13 août 1879 (1) a fait application de cette doctrine dans l'espèce suivante : un *de cujus* avait légué par préciput et hors part un immeuble de la succession à deux de ses héritiers ; en outre, il avait fait à une commune un legs de 10.000 francs. Celle-ci, ayant négligé de s'inscrire en temps utile, avait perdu son droit hypothécaire sur les biens partagés entre les héritiers ; elle prit alors inscription sur l'immeuble légué par préciput. Les deux héritiers, légataires de cet immeuble, procédèrent à une licitation. Le cohéritier adjudicataire refusa de payer la partie du prix qui revenait à son cohéritier du chef duquel, arguait-il, existait une hypothèque portant sur l'immeuble. Le tribunal accorda à ce dernier la radiation qu'il sollicitait, attendu, dit le jugement, que si le bien faisait partie de la succession au jour du décès et se trouvait entre les mains des héritiers, c'était comme légataires qu'ils le détenaient, et qu'il y avait identité entre la situation des personnes auxquelles le testateur donnait ainsi par préciput et hors part et celle d'un étranger qui aurait pu être gratifié du même legs.

Nous avons vu dans une autre partie de notre tra-

(1) M. L. Thézard, *Rev. crit.*, 1879, p. 705.

vail que le *de cuius* pouvait libérer ses héritiers de l'obligation hypothécaire ; mais il peut aussi décharger un ou quelques-uns d'entre eux du paiement des legs. Ces deux sortes de dispositions ont chacune leur domaine particulier qu'il faut se garder de confondre. Dispenser un héritier de l'obligation hypothécaire, c'est dire qu'il ne pourra être poursuivi que pour sa part, par l'action personnelle seulement ; les immeubles de la succession dont il serait détenteur ne peuvent constituer une garantie en paiement intégral du legs. Au contraire, dispenser un héritier du paiement des legs, c'est écarter de lui toute action personnelle, sans le décharger de l'obligation hypothécaire. Il aura bien entendu un recours contre ses cohéritiers qui devront le rendre indemne, s'il est forcé, par suite de l'action hypothécaire, de payer les legs auxquels il ne doit pas contribuer.

Au début de cette section, nous avons dit que le légataire ne pouvait pas réclamer d'hypothèque sur les immeubles personnels de l'héritier, lors même que les biens héréditaires ne suffiraient pas à garantir son legs. A l'inverse, si les immeubles de la succession sont d'une importance telle que leur valeur est de beaucoup supérieure au montant des legs, l'héritier peut-il obtenir la réduction de l'hypothèque de l'article 1017 ? Nous répondons affirmativement avec la majorité des auteurs et la jurisprudence. L'hypothèque des légataires est générale, elle frappe tous les immeubles de la suc-

cession. En conséquence, conformément à l'article 2161 nous reconnaissons au débiteur du legs le droit de demander la restriction de l'hypothèque qui frappe ses immeubles héréditaires, à tels biens d'une valeur suffisante pour assurer le paiement du legs, afin d'affranchir les autres (1). Cette ressource sera surtout très utile quand l'héritier sera grevé d'un legs conditionnel. Refuser au débiteur d'obtenir une restriction de l'hypothèque dans semblable hypothèse de legs conditionnel serait porter une sérieuse entrave à la circulation des biens ; les immeubles héréditaires, malgré leur nombre ou leur importance peu en rapport avec le montant des legs qu'ils garantissent, se trouveraient tous, entre les mains de l'héritier, frappés, pour ainsi dire, d'inaliénabilité, et peut-être pour un temps très long.

Certains auteurs, MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, entre autres, sont d'un avis contraire. L'article 2162 ne s'applique qu'aux hypothèques générales ; l'hypothèque des légataires, prétendent-ils, n'est pas générale : ce n'est pas parce qu'elle est légale qu'elle doit être nécessairement générale : « L'hypothèque générale, disent-ils, porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur : l'hypothèque des légataires est rigoureusement limitée aux biens de la succession, c'est-à-dire à une catégorie limitée des biens de l'héritier. Nous ne pensons donc point qu'on puisse la considérer comme hypothèque

(1) Cass., 22 janvier 1879, Sirey, 1879, 4, 252.

générale (1). » Sans doute, l'hypothèque générale porte sur les biens présents et à venir du débiteur ; dans le cas qui nous occupe, qui doit payer les legs ? la succession, l'universalité des biens qui la composent ; cet ensemble ne constitue-t-il pas ce que la loi appelle les biens présents du débiteur ? Quant aux biens à venir, il ne saurait en être question et pour cause ! Les biens personnels de l'héritier forment une masse indépendante des biens héréditaires, et on ne doit pas en tenir compte pour discuter la question de savoir si l'hypothèque des légataires est ou non générale ; c'est l'erreur dans laquelle nous semblent être tombés MM. Baudry-Lacantinerie et Colin.

« Il est donc impossible, concluent-ils, de faire réduire les inscriptions relatives à l'hypothèque des légataires dans les termes des articles 2161 et suivants, puisque ces textes visent seulement les hypothèques générales (2). » Ces auteurs invoquent en faveur de leur opinion un arrêt de la Cour d'Angers qui a décidé, contrairement à la décision de la Cour suprême citée plus haut, que l'hypothèque du légataire ne peut être réduite, même quand elle porte sur plus de biens qu'il n'est nécessaire pour la sûreté du legs (3).

Que faut-il décider si le testateur, usant de la faculté qui lui appartient de diminuer ses libéralités, a restreint

(1) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat. et testam.*, nos 2495 et 2496.

(2) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat. et testam.*, n° 2497.

(3) Angers, 23 juillet 1880, Sirey, 1884, 2, 15. *Contrà*, Rennes, 21 mai 1875, sous Cass., 22 janvier 1879, Sirey, 1879, 1, 252.

lui-même les effets de l'hypothèque des légataires en ne la laissant peser que sur un ou plusieurs immeubles et en en dégageant les autres ? Le débiteur du legs pourra-t-il, comme nous l'avons dit précédemment, demander, en invoquant l'article 2162, la restriction de l'hypothèque à un immeuble d'une valeur suffisante pour assurer l'exécution du legs ? Nous ne le pensons pas. Ici, la situation est différente : ce n'est plus la loi qui, statuant *generaliter*, affecte les immeubles au paiement des legs et charge ainsi parfois trop lourdement les biens du défunt au préjudice des héritiers. Cet inconvénient, qui trouve son correctif dans l'article 2162, comme nous l'avons soutenu tout à l'heure, n'existe plus, dans cette nouvelle hypothèse, ou, s'il se présente, c'est que le testateur l'a voulu ainsi. Le Code, dont le but est d'assurer l'exécution des dispositions testamentaires du *de cujus*, quand il a gardé le silence, ne doit pas recevoir son application, lorsque celui-ci a manifesté une volonté contraire. Si le testateur a limité l'action hypothécaire à certains biens, c'est qu'il jugeait cette limitation nécessaire et suffisante, nécessaire au crédit de ses héritiers et suffisante à la garantie de ses légataires ; et c'est sa volonté qui doit faire la loi.

D'autre part, cette hypothèque, limitée par le défunt à certains immeubles à l'exclusion des autres, de générale qu'elle était, devient, à notre avis, spéciale, et l'article 2162 ne saurait s'y appliquer. Le débiteur du legs sera donc irrecevable à demander la restriction de l'hypothèque.

pothèque du légataire déjà limitée par le testateur.

Avant de terminer cette section, il est intéressant de signaler les modifications que la loi belge de 1851 a introduites dans la matière qui nous occupe. La nouvelle loi a proscrit toutes les hypothèques générales. L'article 43, que nous avons cité dans une autre partie de notre étude, porte que « l'hypothèque testamentaire est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament pour la garantie des legs par lui faits ». A l'inverse de notre Code, c'est donc au testateur d'assurer par l'hypothèque testamentaire l'exécution de ses libéralités. Le testament devra énumérer en termes exprès les immeubles affectés hypothécairement au paiement des legs, sinon le légataire n'aura d'autre garantie que la séparation des patrimoines ; la loi belge ne vient pas à son secours, comme notre Code. « La loi nouvelle, dit M. Laurent (1), assujettit à la spécialité les hypothèques les plus favorisées, celle des femmes mariées comme celle des incapables ; elle fait donc de la spécialité un principe général sans exception, et il n'y a certes pas de raison pour faire une exception en faveur de l'hypothèque testamentaire... Conçoit-on que, refusant une hypothèque générale aux mineurs, la loi en donne aux légataires qui ont un moyen facile de sauvegarder leurs intérêts, la séparation des patrimoines. »

(1) Laurent, XXX, p. 508.

Cette modification de la loi belge constitue-t-elle une amélioration au système du Code civil? Certes, à un certain point de vue, elle offre des avantages évidents : elle permet d'équilibrer aussi parfaitement que possible la charge hypothécaire à la valeur des legs à garantir et d'éviter par suite les frais de justice qu'entraîne dans notre législation la demande en restriction de l'hypothèque légale. Mais le testateur français n'a-t-il pas aussi la faculté de limiter l'hypothèque des légataires par une disposition expresse? A un autre point de vue la loi belge présente des inconvénients : si le testateur, ignorant ou négligent, n'a créé aucune hypothèque, le légataire ne pourra plus avoir recours qu'à la séparation des patrimoines ; or, nous savons que certaines causes, assez difficiles parfois à éviter, entraînent la déchéance de son bénéfice ; et cela aussi bien en droit belge qu'en droit français.

On reprochera, il est vrai, à notre Code de trop se substituer au testateur et de trop favoriser le légataire au détriment de l'héritier. Mais nous pensons qu'il vaut mieux voir la loi exagérer les mesures de protection et de justice que de laisser un libre cours à la mauvaise foi et à la cupidité d'héritiers toujours enclins à traiter en ennemis ceux que leur auteur a gratifiés en les dépouillant d'une fortune sur laquelle ils comptaient.

Remarquons en terminant, que la garantie hypothécaire de l'article 1017 peut, indépendamment d'une vo-

lonté quelconque, prendre plus d'extension qu'elle n'en avait au moment où elle est née : des améliorations, soit naturelles, soit accidentelles, peuvent en effet augmenter la valeur des immeubles héréditaires ; et le principe général, posé par l'article 2133, est certainement applicable à l'hypothèque des légataires.

Quant aux améliorations qui proviennent du fait d'un tiers, étranger ou héritier, elles donneront lieu à des règlements d'intérêts qui seront régis d'après les principes généraux.

CHAPITRE III

INSCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE.

L'hypothèque des légataires obéit aux règles générales de publicité en matière hypothécaire, établies par la loi du 11 brumaire an VII et maintenues par le Code civil, c'est-à-dire qu'elle est soumise à la formalité de l'inscription qui lui donne son rang et lui fait produire ses effets à l'égard des tiers.

Quel est le caractère de l'inscription de l'hypothèque du légataire ? Est-elle générale, comme l'hypothèque des mineurs, par exemple ? Ou bien obéit-elle à la règle commune de la spécialité édictée par l'article 2148 ? La majorité des auteurs et la jurisprudence sont divisés sur ce point. Les premiers tiennent pour la spécialité, parce que, selon eux, l'hypothèque de l'article 1017, ne portant que sur les biens héréditaires, n'est pas générale et que le mode d'inscription contraire ruinerait le crédit du débiteur du legs. La jurisprudence, s'attachant à la lettre des dispositions législatives, admet l'inscription collective.

Cette question a été résolue dans le sens de la collectivité par un arrêt de la Cour de Toulouse du 23 décembre 1870. De ce que l'hypothèque des légataires, dit-il

en substance, est une hypothèque légale, il suit qu'elle n'est pas soumise au principe de la spécialité de l'inscription. Cet arrêt a donné lieu à une importante relation de M. Cauwès qui appuie la théorie contraire.

Le système de M. Cauwès peut se résumer dans les propositions suivantes : les hypothèques générales jouissent d'un mode d'inscription collective ; les hypothèques spéciales obéissent aux règles de spécialité de l'inscription ; les hypothèques légales ne sont pas toutes générales ; l'hypothèque des légataires, entre autres, est spéciale ; elle est donc soumise aux règles de l'article 2148 et non à l'exception qu'il pose *in fine*. Examinons comment M. Cauwès est arrivé à cette conclusion.

Notre éminent maître nie d'abord que, en qualité d'hypothèque légale, l'hypothèque de l'article 1017 doive nécessairement tomber sous le coup du dernier alinéa de l'article 2148. « Nous ne pouvons souscrire à cette proposition, dit-il ; elle repose sur la présomption entièrement gratuite que toutes les hypothèques légales sont soumises au même régime. » Il fait alors observer qu'elles n'ont pas toutes la même nature : les unes, énumérées par l'article 2121, sont évidemment générales, car elles s'étendent sur les biens présents et futurs du débiteur ; d'autres sont, au contraire, spéciales : comme exemple, il cite celle qui appartient au copartageant qui a laissé son privilège dégénérer en hypothèque légale. L'hypothèque de l'article 1017, non plus, n'est pas générale ; car, bien qu'elle porte sur tous les im-

meubles de la succession, elle n'affecte jamais les immeubles de l'héritier même au cas d'acceptation pure et simple.

Si l'on se place au point de vue de la publicité, continue M. Cauwès, toutes les hypothèques légales ne sont pas dispensées de la formalité de l'inscription, deux seulement en sont affranchies ; la troisième citée par l'article 2121, portant sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, y est assujettie. « En outre, ajoute M. Cauwès, bien évidemment le privilège dégénéré en simple hypothèque n'échappe pas plus à la spécialité de l'inscription en cette qualité moindre qu'en sa qualité première de privilège. » Fort de ces arguments, le jurisconsulte remarque qu'il ne faut pas trop prendre à la lettre la partie finale de l'article 2148 : « Cette dernière disposition (indications spéciales sur les immeubles), dit cet article, n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales et judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription pour ces hypothèques frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. » Ce texte est trop général, puisque certaines hypothèques légales produisent effet indépendamment de toute publicité et certaines autres sont soumises à cette formalité conformément au droit commun ; l'hypothèque des légataires est comprise dans ces dernières, personne ne le conteste.

M. Cauwès continue son argumentation en disant : s'il peut paraître que l'hypothèque de l'article 1017 soit

seule à répondre à l'alinéa de l'article précité, en ce sens que, si elle est astreinte à la formalité de l'inscription, celle-ci peut être simplement collective, cette assertion est inexacte : car les hypothèques des mineurs, interdits et femmes mariées, jouissent du bénéfice de l'inscription collective, si on les inscrit, de même que l'inscription sur les biens des comptables. « Pour l'hypothèque des légataires, écrit M. Cauwès, on doit se laisser guider par ce principe dominant qu'à une hypothèque spéciale répond un mode de publicité semblable (art. 2129 et 2148 combinés). L'hypothèque des légataires étant spéciale, son inscription doit être faite selon la règle générale. » Répondant ensuite à l'objection qu'on pourrait faire que l'article 1017 ne parle pas de la publicité tandis que l'article 2111 exige une inscription spéciale pour le privilège de séparation des patrimoines, il déclare que l'article 1017, constatant uniquement l'existence de l'hypothèque, se réfère aux règles du titre des hypothèques pour sa publicité.

Un argument d'analogie d'un poids considérable, fondé sur l'article 490 du Code de commerce, vient encore, selon M. Cauwès, renforcer son système. L'hypothèque, prise au profit de la masse de la faillite conformément à l'article 490, offre une grande ressemblance avec l'hypothèque des légataires. Or, d'après cet article, les syndics ne sont obligés de prendre inscription que sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence : l'inscription doit donc être spéciale.

Remarquons que cette interprétation n'est pas universellement admise : fondée sur les termes peu précis de l'article 490 du Code de commerce, elle est mise en doute par de nombreux auteurs, entre autres, M. Demangeat, qui admet une inscription collective. D'ailleurs beaucoup d'interprètes objectent à M. Cauwès que, loin de fournir un argument, le texte de l'article 490 peut être considéré comme une exception au droit commun.

Critiquant ensuite un considérant de l'arrêt de la Cour de Toulouse, M. Cauwès montre le peu de solidité d'un des motifs qu'il donne pour n'admettre qu'une inscription collective : à savoir qu'elle est souvent seule possible pour un légataire qui ignore la consistance de la succession. L'article 2111 n'exige-t-il pas une inscription spéciale ? et encore doit-elle être prise dans un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession pour conserver le privilège de séparation des patrimoines ; tandis que le légataire qui laisse passer ce délai n'encourt pas de déchéance spéciale. Ce raisonnement a sa valeur pour les auteurs qui confondent l'hypothèque de l'article 1017 avec la séparation des patrimoines dégénérée en hypothèque légale. Mais, M. Cauwès voit, comme nous, dans l'hypothèque du légataire une sûreté distincte de celle de l'article 2111. « L'hypothèque, dit-il, est préférable à la séparation, puisque, dans la doctrine commune, celle-ci ne fait pas obstacle à la division des dettes entre les héritiers. L'hypothèque de

l'article 1017 est donnée pour le tout. On peut regretter qu'il en soit ainsi et prouver que les rédacteurs du Code se sont mépris sur le sens des lois romaines ; mais ce point est constant. » Que le légataire use de l'article 2111 ou de l'article 1017, il n'aura pas moins de difficulté à découvrir les immeubles de la succession ; sans doute, il y a des différences entre les deux sûretés que ces articles lui offrent, mais « celle qu'on imagine exister serait irrationnelle au premier chef ».

Telle est la théorie qu'a inspirée à M. Cauwès l'arrêt de la Cour de Toulouse ; son opinion est partagée par MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (1).

La Cour de Toulouse, dans l'arrêt qui fait l'objet de la note de M. Cauwès, semble poser un principe dont elle ne paraît pas avoir aperçu la limite rationnelle. Selon cet arrêt, une inscription prise collectivement sur les immeubles situés dans l'étendue du bureau des hypothèques peut être déclarée suffisante relativement à une hypothèque qui devrait être inscrite, aux termes du droit commun, sur chacun des immeubles grevés. Certes, il existait une jurisprudence en ce sens (2), mais la Cour de Toulouse a donné une extension trop grande au principe sur lequel s'appuyaient les arrêts antérieurs. Ceux-ci supposaient d'abord que l'inscription contenait du

(1) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat. et testam.*, t. 2, p. 254 et suiv.

(2) Cass., 12 mars 1867 et 25 novembre 1868, Sirey, 1867, 1, 221 et 1869, 1, 128.

moins la description de l'espèce et de la nature des biens affectés à l'hypothèque (art. 2148-5° et 2129, combinés). Il fallait une autre condition : que le débiteur eût hypothéqué tous ses biens présents ; s'il n'avait hypothéqué que quelques-uns de ses immeubles, on [revenait au droit commun, c'est-à-dire à la désignation séparée et individuelle de chacun d'eux.

M. Cauwès, dans la fin de sa dissertation sur l'arrêt de Toulouse, approuve cette distinction : « Le crédit du débiteur, écrit-il, ne doit pas être épuisé par une inscription indéterminée quand quelques-uns de ses immeubles seulement sont frappés, et aussi les tiers ne doivent pas être obligés de s'enquérir, en dehors du registre des inscriptions, si tel immeuble est libre ou déjà grevé. Or, ne voit-on pas que les immeubles de la succession seuls étant frappés d'hypothèque au profit des légataires, le crédit de l'héritier serait injustement ébranlé par le doute où seraient les tiers de déterminer quels sont les immeubles héréditaires, quels sont ceux que l'héritier a acquis en dehors de la succession. On s'inquiète de la difficulté qu'éprouveront, dans notre opinion, les légataires à faire la recherche des immeubles de la succession : mais est-il équitable de l'imposer à ceux que la publicité de l'hypothèque devrait éclairer ? N'est-ce pas au légataire qui veut conserver son droit à savoir sur quels biens il est assis ? »

Ce n'est pas là, dit-on, un système construit de toutes pièces à l'usage de l'article 1017 par des auteurs qui

cherchent à concilier les principes avec les exigences de la pratique : c'est une théorie générale imaginée par la jurisprudence et la plupart des auteurs pour l'application de l'article 2129 ; ils admettent une distinction entre le cas où le débiteur n'entend hypothéquer que quelques-uns des immeubles qu'il possède et celui où il affecte à l'hypothèque tous ses immeubles présents ; ils se contentent, dans le dernier seulement, d'une inscription générale.

Mais nulle part dans la loi, on ne voit un texte permettant cette double solution ; cette théorie, qui a de très nombreux partisans, ne nous paraît pas moins très critiquable. Nous venons de voir M. Cauwès en faire ressortir, à côté de ses inconvénients généraux, les inconvénients tout spéciaux qu'elle présenterait dans son application à l'article 1017.

Tout en adoptant la conclusion de M. Cauwès, nous n'accepterons pas en bloc tout son système. Nous croyons, comme lui, que l'inscription de l'hypothèque de l'article 1017 doit être spéciale, mais nous ne nous appuierons pas toujours sur les mêmes arguments que lui.

M. Cauwès affirme tout d'abord que l'hypothèque des légataires est spéciale, parce qu'elle ne porte pas sur les biens personnels présents et à venir de l'héritier ; nous serions taxé à juste titre de contradiction si nous adoptions cette opinion de M. Cauwès ; nous avons dit au chapitre précédent que ce n'était pas la

nôtre ; nous avons essayé de démontrer que, portant sur l'universalité des biens héréditaires, elle était générale. Les rédacteurs de la loi hypothécaire belge donnent un précieux appui à notre thèse ; lors de la confection de la loi de 1851, il a été formellement reconnu que l'hypothèque des légataires était générale : « La loi nouvelle ayant abrogé, disent les rapports, les hypothèques générales les plus favorables, l'hypothèque générale du légataire est elle-même abrogée. » D'autre part, M. Laurent s'exprime ainsi (1) : « La loi nouvelle proscriit les hypothèques générales... La règle est que les hypothèques les plus favorables, celles des mineurs et des femmes mariées sont soumises au principe de spécialité... Si le législateur avait voulu maintenir l'hypothèque des légataires telle qu'on l'admettait, il l'aurait soumise à la spécialité. »

Si, comme le dit M. Cauwès, « à une hypothèque spéciale répond un mode de publicité semblable », nous ne croyons pas que la proposition corrélatrice soit exacte, à savoir qu'à une hypothèque générale répond un mode de publicité générale.

D'autre part, ce n'est pas parce qu'elle doit être inscrite que l'hypothèque des légataires doit être soumise au principe de spécialité, l'hypothèque des comptables doit être inscrite, et cependant personne n'admet, M. Cauwès lui-même, que son inscription soit spéciale.

(1) Laurent, XXX, p. 512.

Nous trouvons aussi dans les articles 2153 et 2148 dernier alinéa combinés un argument en faveur de notre opinion. La partie finale de l'article 2148 dit simplement que la disposition édictée au 5° « n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ». Si nous n'avions que ce texte, nous serions forcés de reconnaître que l'hypothèque des légataires, étant légale, n'est pas soumise à la spécialité de l'inscription. Mais cet article ne fait que nous avertir d'une façon générale qu'il y a des exceptions à la règle qu'il pose et se réfère à l'article 2153 qui contient la disposition complète concernant les hypothèques légales. Or, que dit cet article ? « Les droits d'hypothèques purement légales de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables, ceux des mineurs ou interdits sur leurs tuteurs, des femmes mariées sur leurs époux seront inscrits sur la présentation de deux bordereaux contenant seulement... » Si le législateur avait voulu faire bénéficier de l'exception à la spécialité de l'inscription toutes les hypothèques légales, il n'aurait pas pris la peine d'en énumérer trois dans l'article 2153 ; il aurait dit simplement : toutes les hypothèques légales. Mais, dira-t-on, il ne fait que reproduire dans l'article 2153 l'énumération qu'il a faite dans l'article 2121. On s'accorde généralement à considérer cette énumération de l'article 2121 comme n'étant pas limitative, qu'il y a lieu d'y ajouter les privilèges dégénérés en hypothèques, l'hypothèque des créanciers de la faillite et

enfin l'hypothèque des légataires. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'article 2153 ? C'est peut-être à dessein, répondons-nous, que le législateur n'a pas mentionné ces trois dernières hypothèques dans l'article 2121 parce qu'elles n'obéissent pas aux mêmes règles ; nous pourrions dire que celles de l'article 2121 sont *purement légales*, et c'est précisément ce que dit l'article 2153, tandis que les autres sont imparfaitement légales. En effet, les hypothèques de l'article 2121 sont générales et n'exigent qu'une inscription collective (1) ; les autres, au contraire, suivent un sort différent : les hypothèques, nées de privilèges dégénérés, sont spéciales et n'échappent pas à la spécialité de l'inscription lorsque les privilèges qu'elles remplacent y étaient soumis, comme le dit fort justement M. Cauwès ; aucun texte ne le dit, et pourtant personne ne le nie. L'hypothèque des créanciers de la faillite est aussi spéciale et astreinte à la spécialité de l'inscription par l'article 490 du Code de commerce (2). Enfin, l'hypothèque des légataires qui, selon nous, est générale, est soumise à l'inscription spéciale ; elle n'est pas une hypothèque *purement légale* ; elle n'est pas citée par l'article 2153 ; elle obéit donc aux règles du droit commun.

Nous arrivons donc par une autre voie au même but

(1) Celle de l'Etat, il est vrai, ne porte que sur les immeubles non grevés déjà par le privilège, mais cela ne prouve rien contre nous, car on n'ignore pas que l'Etat est un créancier souvent soumis à des règles particulières et toujours favorables.

(2) Nous partageons sur ce point l'opinion de M. Cauwès.

que M. Cauwès ; quant aux considérations nombreuses qui accompagnent l'argumentation de notre savant maître et qui montrent les inconvénients pratiques d'une inscription collective de l'hypothèque des légataires tant pour le débiteur du legs que pour les tiers qui traitent avec lui, nous les approuvons sans réserve. Avec M. Cauwès, nous repoussons la jurisprudence établie par la Cour de Toulouse et suivie par la Cour de Bordeaux (1).

Puisque nous avons décidé que l'inscription de l'hypothèque de l'article 1017 devait être spéciale, les titres que le légataire doit représenter au conservateur des hypothèques et les énonciations que doit contenir le bordereau sont indiqués par l'article 2148. Nous nous contenterons de faire à ce sujet une double remarque : 1° l'acte donnant naissance à l'hypothèque que doit présenter le légataire ne sera pas nécessairement un acte authentique, comme l'édicte l'article qui statue *de eo quod plerumque fit*, car le testament, qui contient le legs, peut être olographe ; 2° le légataire pourra user de la disposition de l'article 2149, c'est-à-dire inscrire son hypothèque sur la simple désignation du nom du défunt, s'il ne peut connaître ceux de ses successeurs.

L'hypothèque de l'article 1017 ne produit ses effets que du jour de l'inscription ; la date de celle-ci lui donne son rang. C'est une importante différence avec la séparation des patrimoines ; si celle-ci est inscrite dans les

(1) 5 mai 1887, Dalloz, 1889, 2, 7.

six mois qui suivent l'ouverture de la succession, son inscription produit un effet rétroactif au jour de la mort du testateur. Le légataire, jouissant du privilège de séparation des patrimoines, trouve dans cette concurrence de deux sûretés distinctes un correctif important à l'effet restreint de l'hypothèque.

Mais on peut supposer que le légataire négligent laisse passer six mois depuis le décès du testateur sans inscrire le droit que lui confère l'article 2111 ; alors il inscrit l'hypothèque que lui donne l'article 1017 ; cette hypothèque prend rang à la date de l'inscription ; ayant perdu une sûreté, il en retrouve une autre.

Si, au contraire, la séparation des patrimoines a fait dans les six mois l'objet de l'inscription ordonnée par l'article 2111, la situation du légataire sera améliorée ; malgré le défaut d'inscription de son hypothèque, il ne pourra plus être primé par l'inscription prise par un créancier personnel de l'héritier ; et, comme, d'autre part, l'inscription de son hypothèque est sans effet sur son rang au regard des créanciers de la succession et des autres légataires, on peut se demander ce qu'il a perdu à ne pas inscrire son hypothèque légale. La réponse est bien simple : la séparation des patrimoines, dans notre opinion, n'engendre qu'un droit de préférence ; si donc le légataire néglige d'inscrire son hypothèque légale, il peut perdre le droit de suite qu'elle lui donne ; en effet, si l'héritier aliène les immeubles de la succession et que l'acquéreur fasse transcrire son titre

avant que le légataire ait inscrit son hypothèque, celle-ci n'aura pas d'objet. Tandis que, s'il inscrit son hypothèque avant toute transcription, il conservera son droit à l'encontre des tiers.

L'hypothèque des légataires doit toujours être inscrite, avons-nous dit. L'incapable lui-même est soumis à toutes les conditions de publicité ; son tuteur doit requérir l'inscription ; s'il l'a omis, l'incapable ne sera pas restitué vis-à-vis des tiers : il ne pourra qu'exercer son recours contre son représentant négligent ou coupable. Malgré la protection dont il est entouré, on ne pourrait lui sacrifier des personnes de bonne foi qui n'ont aucune faute à se reprocher.

La disposition de l'article 2151 est applicable à l'hypothèque du légataire ; l'inscription ne garantit les intérêts, au même rang que le capital, que pour trois années ; cet article, s'appliquant aux arrérages de rente viagère d'après l'opinion générale, l'inscription de l'hypothèque garantissant un legs de cette nature, assez fréquent en pratique, y est aussi soumise. Enfin, elle est également renouvelable au bout de dix années, conformément à l'article 2154.

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE.

SECTION I

Du droit de préférence.

L'hypothèque des légataires, comme toute hypothèque, engendre un droit de préférence et un droit de suite. Elle soumet le légataire à toutes les obligations d'un créancier hypothécaire ordinaire. La date de son inscription crée un droit de préférence, qu'il s'agit de déterminer, sur les immeubles de la succession et donne au légataire le rang que son hypothèque doit occuper à l'égard de celles d'autres créanciers qui invoquent des droits sur les immeubles héréditaires. Elle lui donne encore un droit de suite, c'est-à-dire le droit de suivre les immeubles grevés de son hypothèque entre les mains des tiers qui les détiennent.

Le droit de préférence, que nous étudions d'abord, consiste dans le droit du légataire, qui a inscrit son hypothèque en temps utile, d'être payé sur les immeubles de la succession avant les créanciers de l'héritier ; le légataire ne peut pas l'opposer aux créanciers de l'hérédité ni à ses colégataires. Dans certains cas cependant,

les faits contraignent de faire exception aux principes que nous venons d'énoncer.

Reprenons ces principes. Étudions leurs cas d'application et les circonstances qui doivent les faire fléchir devant des principes supérieurs.

Premier principe. — L'hypothèque de l'article 1017 n'est pas opposable aux créanciers de la succession. Les légataires ne peuvent être payés que sur les biens laissés par le testateur ; or le patrimoine du *de cujus* ne s'évalue que déduction faite du bien d'autrui, c'est-à-dire des dettes : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. Les créanciers de la succession doivent être payés avant ceux que le testateur gratifie en vertu de la maxime : *nemo liberalis nisi liberatus*. Prenons un exemple : la succession se compose de 20.000 francs ; le passif est de 15.000 francs ; il y a un legs de 10.000 francs ; le légataire inscrit son hypothèque dès la mort du *de cujus* ; il ne recevra pourtant que 5.000 francs, les créanciers héréditaires devant être payés avant lui en vertu de la règle : *non sunt bona...* (1). C'est l'hypothèse la plus simple ; il n'y a pas de doute à cet égard.

L'hypothèque testamentaire du droit belge repose

(1) Il peut se faire cependant que la somme, distraite de la succession pour payer les dettes du *de cujus* et sur laquelle les légataires n'ont aucun droit en vertu de la règle *non sunt bona...*, ne soit pas touchée exclusivement par les créanciers héréditaires ; ce sera dans le cas où ceux-ci, n'ayant pas demandé ou obtenu la séparation des patrimoines, viendront en concours avec les créanciers de l'héritier.

sur le même principe : le légataire n'est pas préféré au créancier du défunt.

Deuxième principe. — L'hypothèque de l'article 1017 n'est pas constitutive d'un droit de préférence entre légataires. Bien que la date de l'inscription donne son rang à l'hypothèque des légataires, ceux-ci sont tous entre eux créanciers hypothécaires à la même date.

On a soutenu que la date de l'inscription créait une cause de préférence entre les légataires. On s'est appuyé sur l'observation suivante faite par le tribunal d'Agen sur l'article 100 du projet du titre des donations et testaments : « Il faut, par une disposition expresse, fixer la date de l'hypothèque du légataire au jour du décès du donateur. » L'article fut supprimé du projet ; de là, on déduit que, l'hypothèque du légataire ne prenant date que du jour de l'inscription, elle est opposable à tous ceux inscrits postérieurement, même aux légataires. Cette raison nous paraît bien spécieuse ; l'article 100 a disparu du projet primitif pour éviter simplement qu'on l'interprète dans le sens du tribunal d'Agen et qu'on ne fixe la date de l'hypothèque au jour du décès du testateur.

Mais on n'a pas voulu pour cela modifier le droit ancien qui n'établissait aucun droit de préférence entre légataires.

M. G. Demante pense qu'il faut admettre que la loi de brumaire sur la publicité a rompu cette égalité entre colégataires, si l'on ne complète pas l'article 1017

par l'article 2111. C'est un des arguments que nous l'avons vu mettre en avant pour prouver que l'article 1017 accorde un droit de suite à la séparation de l'article 2111 et que les deux sûretés qu'on se plaît généralement à reconnaître dans les dispositions de ces articles n'en font qu'une, la séparation des patrimoines, privilège muni d'un droit de préférence et d'un droit de suite. En conséquence, dit-il, le principe de rétroactivité inscrit dans l'article 2111 s'applique également à l'article 1017 et l'égalité entre légataires est ainsi maintenue.

Nous prétendons que la loi de brumaire, quoique générale, n'a pas modifié le caractère de l'hypothèque de l'article 1017 qui n'admet aucune cause de préférence entre légataires ; le droit ancien subsiste tout entier dans cette matière. Nous nous contentons de l'invoquer, sans appeler à notre secours l'article 2111. Le législateur n'a pas renversé la règle qui mettait jadis toutes les dispositions testamentaires sur le même rang, pour ne pas rompre l'égalité que le testateur, à moins d'une volonté contraire formellement exprimée, est supposé avoir voulu faire régner entre ceux auxquels il fait des libéralités (art. 927). La loi a seulement voulu assurer comme gage spécial aux légataires les biens laissés par le testateur : la seule préférence qui résulte de l'inscription de l'article 1017 est à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier (1).

(1) Un jugement du tribunal de Bourges, du 31 mai 1900, déjà

Troisième principe. — L'hypothèque de l'article 1017 est opposable aux créanciers personnels des héritiers. Nous n'avons pas à parler des créanciers chirographaires de l'héritier ; contre eux, le légataire aura tout le temps qu'il voudra pour inscrire son hypothèque et par conséquent les primer sur le prix des immeubles, pourvu que ceux-ci n'aient pas été déjà l'objet d'une transcription.

citée, donne de précieux arguments en faveur de notre opinion : « ...Attendu, dit-il, qu'il faut logiquement conclure du texte de l'article 1017 que le législateur a entendu s'en référer aux règles traditionnelles de l'ancien droit ; — Qu'il est constant que la sûreté dont s'agit, introduite par Justinien, sur le fondement de l'intention présumée du testateur et dans le but d'assurer l'entière exécution de ses volontés, est ensuite passée, avec ce même caractère, dans notre ancien droit écrit et de là dans le droit coutumier auquel le Code civil l'a empruntée en se bornant à la soumettre aux nouvelles règles essentielles de publicité, mais sans changer autre chose à son but ou à ses effets ; — Que par suite il serait absolument contraire au vœu de la loi de détourner cette hypothèque de ses fins traditionnelles pour la faire servir à consacrer la violation des intentions du testateur, ce qui arriverait nécessairement s'il était possible aux légataires de s'en prévaloir les uns contre les autres ;... — Que ce raisonnement paraît aussi décisif aujourd'hui qu'autrefois, alors qu'il semble impossible de trouver dans le Code civil un seul texte qui soit de nature à l'infirmier ; que notamment l'article 2134 n'y contredit point, car il se borne à poser le principe de la publicité, principe qui régit incontestablement l'hypothèque des légataires dans la mesure où elle leur est accordée par l'article 1017 ; ... — Que d'ailleurs on objecterait vainement que les légataires particuliers devenus, par l'effet de la confusion des patrimoines, créanciers personnels de l'héritier, pourraient au moins en cette qualité s'opposer mutuellement la préférence résultant de la date de leurs inscriptions ; que cette objection repose sur une simple équivoque ; ... — Que l'hypothèque légale est présumée venir du défunt, et est inscrite de son chef et seulement sur les immeubles de la succession.. » *Gazette des notaires*, numéro du 25 septembre 1900.

Mais le légataire sera prudent en s'inscrivant promptement pour éviter d'être devancé par des créanciers auxquels l'héritier consentirait des hypothèques sur les immeubles successoraux. Inscrit le premier, le légataire primera tous les autres. Mais s'il laisse prendre les devants à des créanciers plus diligents, ceux-ci, inscrits avant lui, le primeront sans qu'il puisse invoquer, comme les séparatistes, l'effet rétroactif de son inscription. La règle générale du système hypothécaire s'applique ici; aussi expose-t-elle le légataire aux manœuvres frauduleuses de l'héritier. Ce dernier pourra consentir des hypothèques à des créanciers souvent complaisants, qui prendront rapidement inscription; tandis que le légataire, suivant la foi de son débiteur, ou ignorant même encore son droit, verra la valeur des immeubles absorbée par des inscriptions antérieures à la sienne et son droit devenir par suite illusoire. C'est la loi générale en matière hypothécaire: le plus diligent et le plus habile est favorisé; le légataire n'a qu'à prendre ses mesures en temps utile.

Que faut-il décider si les immeubles héréditaires sont acquis à un héritier dont le patrimoine est grevé d'hypothèques générales portant sur ses biens à venir, comme l'hypothèque du mineur ou de la femme mariée? Le légataire va-t-il, malgré son inscription, se voir opposer les droits nécessairement antérieurs du mineur ou de la femme? Nous pensons que l'héritier recueille les immeubles héréditaires avec les charges qui les

grèvent, en particulier l'hypothèque du légataire, et que celui-ci, qui aura rempli les formalités nécessaires, ne pourra pas être primé par les hypothèques générales des créanciers de l'héritier. Il est impossible d'admettre que les créanciers hypothécaires de l'héritier puissent, sans donner aux légataires le temps de faire le nécessaire pour conserver leur droit, s'approprier des biens sur lesquels ils n'ont pas dû compter.

Ces principes, que nous venons d'exposer, sont inattaquables en eux-mêmes ; cependant on est parfois obligé de les abandonner en pratique. Voici deux cas intéressants où ils sont mis en échec.

1^{er} Cas. — L'hypothèque de l'article 1017 ne crée pas une cause de préférence entre colégataires. Cependant une hypothèse renverse cette affirmation.

Supposons qu'une succession comprenne un immeuble de 30.000 francs ; deux légataires, Primus et Secundus, sont gratifiés d'un legs de 20.000 francs chacun. Primus inscrit son hypothèque avant toute inscription pour une somme égale à son legs. Puis un créancier hypothécaire de l'héritier s'inscrit et absorbe le restant de la valeur de l'immeuble. Postérieurement, Secundus prend à son tour inscription. Si nous suivons l'ordre des inscriptions, Primus touchera 20.000 fr., valeur de son legs garantie par son hypothèque ; le créancier de l'héritier aura le reste du prix de l'immeuble. Quant à Secundus, inscrit tardivement, il perdra le bénéfice de son hypothèque. Cette solution est admise par certains auteurs.

Si Primus et Secundus s'étaient trouvés seuls en concours, chacun aurait eu 15.000 francs, moitié de la valeur de l'immeuble. Il est donc injuste que la présence d'un tiers améliore la situation de Primus par rapport à Secundus. Il ne serait pas plus équitable qu'elle la rende pire, comme si nous décidions que, l'hypothèque ne valant que pour 20.000 francs, chacun des légataires n'aura que 10.000 francs. Aussi, pour obéir aux principes de justice et d'équité, nous répartirons ainsi les droits de chacun : Primus, légataire diligent, aura les 15.000 francs qu'il eût eus si Secundus eût été seul en concours avec lui. Il n'a donc pas à se plaindre. Le créancier de l'héritier aura les 10.000 francs sur lesquels seuls il pouvait compter puisqu'il était primé par l'inscription de Primus pour 20.000 francs. Enfin, Secundus, légataire négligent, n'aura que 5.000 francs, complément du droit hypothécaire conservé par l'inscription de Primus. Il est juste en effet que la faute retombe sur lui ; il ne pourra pas se plaindre ; il n'avait qu'à faire comme son colégataire.

Voilà donc un cas où il y aura préférence entre colégataires ; mais cette préférence ne prend pas sa cause dans le rang attribué par la date de l'inscription ; elle trouve sa source dans le principe d'équité (1).

2^e Cas. — L'hypothèse que nous allons poser offre une difficulté sérieuse. Le légataire inscrit le premier son hypothèque. L'héritier consent une hypothèque au profit d'un créancier personnel qui s'inscrit après le

(1) Tribunal d'Aix, 18 mars 1873, Sirey, 1874, 2, 25.

légataire. Enfin, après les six mois depuis l'ouverture de la succession un créancier chirographaire du *de cujus* inscrit son privilège de séparation des patrimoines ; mais, la formalité de l'inscription n'ayant pas été remplie dans le délai fixé par l'article 2111, son privilège dégénère en hypothèque légale et ne prend rang que du jour de l'inscription. Ce créancier héréditaire est donc nécessairement primé par le créancier personnel inscrit avant lui. Mais le créancier personnel est lui-même primé par le légataire. Pourtant l'hypothèque de celui-ci n'est pas opposable au créancier héréditaire en vertu de la règle *non sunt bona...* Allons-nous voir alors le créancier personnel passer avant le légataire dont l'inscription est antérieure, et le légataire inscrit le premier être relégué au troisième rang ? Ce serait profondément injuste ! Allons-nous accorder la préférence au créancier héréditaire ? Autre injustice ! Un seul moyen est donné de sortir de cette impasse : au créancier héréditaire qui dira au légataire que les dettes passent avant les libéralités, ce dernier répliquera : je dois primer le créancier personnel dont le rang est inférieur au mien ; celui-ci vous prime en raison de son rang supérieur au vôtre ; je passe donc aussi avant vous. *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam.* Dans ce cas, en vertu de cet adage, posé en principe généralement admis, l'ordre des inscriptions, si sévère que cela puisse paraître, sera rigoureusement suivi. Le légataire primera le créancier de la succession auquel son hypothèque n'est pourtant pas en principe opposable.

SECTION II

Du droit de suite.

Comme toute hypothèque, l'hypothèque de l'article 1017 donne le droit de suite : c'est le droit qui donne à cette garantie toute son importance à côté de la séparation des patrimoines. Il permet aux légataires d'atteindre les immeubles de la succession entre les mains des tiers acquéreurs. Les légataires n'ont pas besoin de recourir à l'article 1167 et d'invoquer la fraude de l'héritier. Au début de notre étude, nous avons vu MM. Aubry et Rau nier l'existence de l'hypothèque de l'article 1017 et ne reconnaître au profit des légataires que la séparation des patrimoines qui ne leur donne qu'un droit de préférence. La doctrine, enseignée par MM. Aubry et Rau est donc très défavorable au légataire qu'elle laisse à la merci des aliénations de l'héritier ; il n'a d'autre recours, dans ce système, que l'article 1167, qui le soumet à certaines exigences, quant à la preuve, que la théorie adoptée par nous lui permet d'éviter.

Le système de M. G. Demante, que nous avons aussi exposé, confond l'hypothèque de l'article 1017 avec la séparation des patrimoines ; mais M. Demante fait de celle-ci un véritable privilège, comportant un droit de préférence et un droit de suite ; de sorte qu'ins-

crit dans les six mois, le droit de suite comme le droit de préférence aurait un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession et qu'aucune inscription postérieure au décès du *de cujus* ne pourrait être opposée au légataire séparatiste. Sans doute, ce système est favorable à ce point de vue au légataire, mais il le laisse aussi soumis aux causes de déchéance de la séparation des patrimoines ; sous son apparence protectrice, il l'expose davantage à la perte de ses droits que la théorie générale à laquelle nous nous sommes ralliés.

Le légataire qui invoquera son droit de suite contre des tiers acquéreurs ne sera pas troublé dans l'exercice de ce droit par les créanciers chirographaires de la succession. Les rapports qui les unissent sont indépendants de son action dirigée contre les tiers acquéreurs. En effet, les créanciers, même séparatistes, n'ont qu'un droit de préférence, désormais perdu par l'aliénation de l'héritier ; ils ne peuvent l'invoquer dans un ordre ouvert contre le tiers acquéreur car ils n'ont plus de droit sur l'immeuble aliéné.

L'exercice du droit de suite de l'hypothèque des légataires obéit aux règles générales de publicité édictées par la loi du 23 mars 1855. La transcription de l'acquéreur arrête le cours des inscriptions des légataires. Les formalités ordinaires de la purge doivent être aussi observées par les acquéreurs des immeubles grevés de l'hypothèque du légataire s'ils veulent les rendre libres.

Même dans le cas d'un legs conditionnel l'acquéreur pourra purger si l'offre faite par lui est acceptée par le légataire ; la somme fixée sera alors déposée à la Caisse des dépôts et consignations par exemple.

Le légataire peut à toute époque faire valoir son droit hypothécaire contre l'acquéreur qui n'a pas purgé. Celui-ci, qui n'est pas obligé personnellement, pourra choisir entre les divers partis que la loi lui permet de prendre.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point ; il n'y a qu'à appliquer le droit commun.

SECTION III

Du bénéfice d'indivisibilité.

Il nous reste à étudier un dernier effet de l'hypothèque des légataires, consacré formellement par l'article 1017 du Code civil. L'héritier tenu personnellement d'acquitter les legs proportionnellement à sa part héréditaire en est tenu hypothécairement pour le tout.

Dans notre introduction historique, nous avons eu l'occasion d'exposer la question de l'indivisibilité de l'hypothèque des légataires en droit romain et dans l'ancien droit français. Nous avons dit que la loi *Communia de legatis* de Justinien avait tranché la question dans le sens de la divisibilité, mais qu'une controverse s'élevait sur la situation faite au légataire après le partage, controverse à laquelle donnait lieu l'effet translatif du partage en droit romain. Nous avons rencontré les mêmes discussions dans l'ancien droit, aussi bien dans les pays de droit coutumier que dans ceux de droit écrit. Nous avons vu les principaux juristes se diviser en deux camps à peu près égaux et la jurisprudence rester longtemps indécise jusqu'au moment où la théorie de l'indivisibilité nous a paru l'emporter. On ne peut guère être affirmatif sur ce point, les auteurs du temps inclinant à donner la victoire à la théorie qu'ils sou-

tiennent. Pothier, défenseur de la théorie de la divisibilité, dit que le principe contraire n'a été consacré que par quelques arrêts isolés, tandis que Furgole, partisan de l'indivisibilité, prétend que c'est la jurisprudence constante des arrêts qui a établi ce principe. Il n'est donc pas possible de se faire une idée très nette de la situation des partis dans l'ancien droit.

Quoi qu'il en soit, il est utile de rapporter ici quelques opinions de nos anciens auteurs pour se rendre compte de l'état dans lequel se présentait la question aux rédacteurs du Code civil et apprécier leur œuvre législative.

Grenier, critiquant l'opinion de Ricard, s'exprime ainsi : « Ricard avait soutenu avec force en se fondant sur les termes de quelques lois romaines que, dans le cas d'un legs d'une somme d'argent, l'action hypothécaire ne s'étend pas plus avant que l'action personnelle, et que chaque héritier n'est tenu hypothécairement des legs que pour sa part et portion et non pour le tout. Cet auteur luttait contre l'avis de plusieurs autres et contre les arrêts ; son opinion n'était généralement pas suivie en pratique. » Ricard s'appuyait donc sur la loi *Communia de legatis* et il ne distinguait pas entre la situation des héritiers avant et après le partage. Comme un certain nombre d'auteurs, il considérait que cette loi édictait une exception à l'effet translatif du partage ; nous avons, au contraire, soutenu que Justinien n'avait point eu en vue cette hypothèse et que quelques mots d'une

loi générale n'avaient pu modifier aussi profondément un vieux principe romain.

Merlin, à son tour, déclare que les Cours souveraines admirent toujours le principe de l'indivisibilité. « Cette interprétation, dit-il, convient beaucoup mieux que l'autre à la nature de l'hypothèque, à son objet et à l'intention de la loi qui l'a introduite. » Nous verrons, en discutant l'article 1017, que Merlin se méprend et qu'il s'agit ici, non pas de la nature indivisible de l'hypothèque en elle-même, mais des rapports de l'obligation hypothécaire avec l'obligation personnelle.

Pothier envisage cette question sous un jour plus exact : « L'hypothèque des légataires, écrit-il, ne grève l'héritier que pour sa part. En cela, les legs diffèrent des dettes de la succession. Et en effet, le défunt, qui a contracté les dettes, en ayant été débiteur pour le total, a hypothéqué tous et chacun de ses biens au total des dites dettes ; mais le défunt n'a jamais été le débiteur des legs qu'il a faits (1). » Et ailleurs : « L'obligation qui résulte des legs n'a été contractée que divisément dès son commencement par chacun des héritiers qui en sont tenus ; et, par conséquent, la partie des biens auxquels chacun a succédé ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est tenu des legs (2). »

Il est curieux de constater que le Code civil, qui bien souvent s'inspire de Pothier, n'a pas suivi dans cette

(1) *Donat. testam.*, chap. V, art. 2, § 2.

(2) Introd. titre XVI, cout. d'Orléans, § 1071.

matière son guide habituel. Et il est permis de dire que, dans l'espèce, les rédacteurs du Code ont eu tort ; ils ont emprunté leur théorie à la loi romaine qu'ils ont mal interprétée.

L'article 1017 dispose formellement que les héritiers, tenus personnellement des legs pour une quote-part des biens auxquels ils succèdent, sont tenus hypothécairement pour le tout. Or, notre ancien droit, qui avait consacré le principe de l'effet déclaratif du partage, admis aujourd'hui par notre Code, aurait dû conduire à la théorie contraire. En effet, nous avons soutenu qu'en droit romain, si la constitution de Justinien qui limite l'obligation hypothécaire à l'obligation personnelle se justifie avant le partage, elle ne trouve plus son application une fois le partage consommé, en vertu de son effet translatif : l'héritier est l'ayant cause de ses copartageants, et, par suite, il succède à leurs obligations ; par conséquent, il est tenu hypothécairement de la part des legs que doivent supporter personnellement ses cohéritiers. L'effet déclaratif du partage, au contraire, est une fiction du droit français, en vertu de laquelle l'héritier est censé tenir directement ses droits du défunt ; celui-ci l'a chargé d'acquitter une portion d'un legs garantie par une hypothèque sur les biens qu'il recueille.

Les rédacteurs du Code ont négligé de faire, entre les dettes et les legs, la distinction que faisait si justement Pothier : le testateur n'a pas contracté d'obligation avec

ses légataires, comme il en a contracté avec ses créanciers ; il a imposé à chacun de ses héritiers l'obligation de payer à ses légataires une part de leur legs ; l'hypothèque ne doit garantir que cette part. Donnant, au contraire, une hypothèque à son créancier, il s'est engagé à ce que celle-ci garantisse la totalité de sa dette ; le créancier ne doit pas souffrir de la division qui s'opère à la mort de son débiteur. Le légataire n'a pas à se plaindre de cette division, car sa créance est née divisée ; son hypothèque doit donc l'être aussi ; ou plutôt on peut dire que le légataire a autant de créances qu'il y a d'héritiers et par suite autant d'hypothèques. C'est l'opinion de M. Demolombe qui critique la disposition de l'article 1017 : « On n'aurait porté aucune atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, dit-il, en reconnaissant, non pas sans doute que l'hypothèque était divisible, mais qu'il y avait autant d'hypothèques distinctes qu'il y avait d'obligations personnelles. »

Le législateur de 1804 n'a pas vu cette distinction, et, pour ne pas fouler aux pieds le principe de l'indivisibilité, attiré sans doute aussi par l'ancienne jurisprudence, il a commis une erreur législative qui prend sa source dans une intelligence erronée des principes du droit romain.

M. G. Demante cherche à justifier le Code de la faute que nous lui reprochons. Il reconnaît d'abord, comme nous, que l'indivisibilité est un principe essentiel de l'hypothèque, et c'est ce principe, prétend-il, qu'a ap-

pliqué le Code dans l'article 1017. L'indivisibilité de l'hypothèque dans sa théorie, apparaît comme une des protections instituées par les législations de tous les temps en faveur des légataires et des créanciers de la succession. Il est inexact, selon lui, de dire qu'il y a autant d'hypothèques que de débiteurs du legs : « En effet, dit-il, s'il est vrai de dire que l'obligation qui résulte du legs n'a été contractée que divisément dès son commencement par chacun des cohéritiers (comme dit Pothier), il n'est pas conséquent d'en conclure que la partie des biens auxquels chacun a succédé ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est tenu du legs. Sans doute, avant le partage, tous les héritiers, étant collectivement détenteurs de l'hérédité, l'action hypothécaire ne peut être exercée contre chacun d'eux que dans la limite de l'action personnelle. Cela est vrai aussi bien pour les créanciers qui ont acquis l'hypothèque pendant la vie du testateur leur débiteur. Mais, après le partage, l'hypothèque des légataires ayant, une fois, affecté pour le tout chacun des biens héréditaires du chef de chacun des héritiers, chacun d'eux doit être tenu hypothécairement pour le tout aussi bien envers les légataires qu'envers les créanciers du défunt. On ne pourrait arriver à un autre résultat que par une application inconsidérée du principe de l'effet déclaratif du partage qui n'avait pas prévalu à Rome. »

M. Demante dit encore : « Je n'hésite pas à dire que si l'indivisibilité de l'hypothèque n'eût pas existé

dans l'ancien droit, le Code aurait dû l'inventer. Logiquement, en effet, l'hypothèque des légataires, ayant sa base dans la volonté présumée du testateur, doit avoir la même efficacité que si elle avait été constituée par lui-même, elle doit donc affecter tous les immeubles de la succession, identiquement de la même manière que l'hypothèque acquise aux créanciers pendant la vie du débiteur... Sous l'empire du droit moderne la fiction de l'effet déclaratif du partage pourrait jeter quelque trouble dans l'esprit, si la disposition du Code n'était impérative et formelle. Mais indépendamment de la disposition précise de l'article 1017, ce serait à tort qu'on invoquerait ici la fiction de l'effet déclaratif du partage, car cette fiction a pour but de dégager le lot de chaque héritier des hypothèques établies du chef de ses cohéritiers. Or l'hypothèque des légataires procédant virtuellement de la volonté du testateur ne saurait être effacée par le partage et doit subsister indivisible sur chaque lot comme elle est née indivisible sur la masse des biens héréditaires. En somme, la faculté reconnue aux légataires, d'agir hypothécairement pour le tout contre chacun des héritiers, est une saine application des principes de l'indivisibilité de l'hypothèque. »

Certes, l'argumentation de M. Demante ne manque pas d'originalité et de solidité dans le raisonnement ; mais il nous est impossible de la suivre dans cette voie qui ne nous paraît pas la bonne. M. Demante prétend

que l'hypothèque, avant le partage, ayant affecté pour le tout, chacun des immeubles de la succession, du chef de chacun des héritiers, ceux-ci ne peuvent plus être tenus, après le partage, que pour partie. Ailleurs, il affirme que l'hypothèque ayant son fondement dans la volonté présumée du testateur doit avoir les mêmes effets qu'une hypothèque constituée par lui-même. Là est précisément la question. Le testateur a-t-il voulu, en chargeant chaque héritier d'une part des legs, grever sa part héréditaire seulement, ou a-t-il au contraire hypothéqué l'ensemble de ses biens, ce qui donnerait naissance à une hypothèque indivisible? M. Demante arrive à cette affirmation par une fausse interprétation du fondement de l'hypothèque du légataire. Si au point de vue historique on peut dire que l'hypothèque est fondé sur une présomption de volonté du testateur, juridiquement elle a sa base dans la loi seule. C'est donc dans la loi qu'il faut en chercher les règles. Le législateur, en les établissant, s'est mépris, comme M. Demante, en faisant intervenir le principe d'indivisibilité de l'hypothèque ; il n'avait ici aucune application.

En ne grevant les héritiers que d'une hypothèque légale à la part du legs qu'ils doivent supporter, le Code aurait créé une situation semblable à celle qui existe entre deux personnes non solidaires, qui s'obligent par un acte qui emporte hypothèque ; les biens de chacune ne sont hypothéqués que pour la part pour laquelle chacune d'elles s'oblige.

On objectera à notre système que l'insolvabilité d'un héritier sera supporté par le légataire ; nous n'y voyons aucun inconvénient, est-il plus juste de la faire supporter aux cohéritiers ? notre système a du moins le mérite d'éviter les recours successifs d'héritier à héritier, recours toujours pleins de périls et source souvent de mésintelligence entre ceux que les liens du sang ont unis.

MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (1) soutiennent le système que nous avons préconisé. Comme nous, ils estiment que le Code s'est trompé : « On a accusé non sans raison notre législateur, écrivent-ils, d'avoir fait ici une fausse application du principe de l'indivisibilité... On comprend très bien que, lorsqu'il s'agit d'une dette hypothécaire contractée par le défunt, celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué à la dette puisse être poursuivi pour le tout en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ici, il y a eu à l'origine une dette unique garantie par l'hypothèque... Si l'obligation se divise, l'hypothèque ne se divise pas parce qu'elle est indivisible... Autre est le cas de l'hypothèque qui garantit le paiement d'un legs. Le défunt n'a jamais été débiteur de ce legs. La dette est née dans la personne de ses héritiers, *ab herede cæpit*, et au moment de sa naissance elle s'est divisée. »

Nous considérons donc, contrairement à M. Demante qu'avait précédé Troplong, et avec de nombreux au-

(1) *Donat. et testam.*, n° 2506.

teurs, que la loi mérite les critiques que nous avons formulées. Il était bien de protéger les légataires contre les créanciers de l'héritier et de garantir l'exécution des libéralités testamentaires ; mais c'est aller trop loin que de faire supporter à un cohéritier l'insolvabilité d'un autre. L'hypothèque accordée aux légataires dans une si large mesure est une disposition de la loi peu facile à justifier.

Quoi qu'il en soit, le texte de l'article 1017 est formel. Toutes les discussions que nous avons vues et qui, au point de vue législatif, avaient un intérêt évident, sont vaines devant la disposition du Code. L'héritier, débiteur d'une portion d'un legs, en est tenu hypothécairement pour le tout ; poursuivi par le légataire, il devra acquitter la totalité, à moins qu'il ne préfère délaisser.

Mais ce dernier parti ne peut être pris que par un détenteur non personnellement tenu de la dette. Il en résulte que le débiteur du legs poursuivi pour sa totalité ne pourra faire abandon entre les mains du légataire qu'après avoir payé la portion du legs à laquelle il est tenu personnellement.

L'action hypothécaire peut-elle être intentée contre les héritiers ou autres légataires à titre universel qui ont été affranchis par le testateur de la charge d'acquitter le legs qui fait l'objet de la poursuite ? Nous avons déjà répondu à cette question dans le sens de l'affirmative lorsque nous avons signalé la différence qu'il y avait entre la disposition du testateur déchargeant de l'hypothèque

que tels ou tels immeubles de sa succession, et celle consistant à libérer de la charge des legs tels ou tels héritiers. Nous avons décidé que ces derniers, quoique n'étant pas tenu personnellement, pouvaient être poursuivis hypothécairement en raison des immeubles de la succession qu'ils détenaient. C'est l'avis de Duranton, dans son ouvrage sur les *Successions* (n° 385).

Cette opinion n'est pas partagée par Toullier : « Cette hypothèque, dit-il, n'est établie que contre les héritiers débiteurs du legs : car il peut arriver que le testateur charge un de ses héritiers ou même un légataire d'acquitter seul un legs. Alors, le paiement de ce legs ne regarde que celui qui en est le débiteur, et le légataire n'a point d'hypothèque sur les biens de la succession échus aux autres héritiers ou légataires (t. V, n° 567). » Ce second système, séduisant par son esprit d'équité, ne se soutient guère juridiquement ; l'article 1017 donne hypothèque au légataire sur les immeubles de la succession ; il ne distingue pas entre ceux échus aux débiteurs du legs et ceux attribués à ceux qui sont dispensés personnellement de l'acquitter. En affranchissant certains héritiers de la contribution aux legs, le testateur n'a pas pour cela manifesté le désir de diminuer la garantie des légataires ; or, le système de Toullier conduit fatalement à cette conséquence. Bien entendu, c'est l'intention du testateur qu'il faut observer en cette matière ; elle dépendra des termes du testament que le juge de fait devra interpréter. On ne doit donc pas induire du seul fait

que le testateur n'a mis aucune portion de legs à la charge de tels ou tels héritiers, qu'il a entendu les mettre à l'abri de l'action hypothécaire. Pour arriver à ce double résultat, le testateur doit, en les affranchissant de l'obligation personnelle aux legs, les affranchir aussi de l'obligation hypothécaire.

Il est bien entendu que l'héritier ou le légataire universel qui aura été contraint, par suite de l'action hypothécaire, de payer plus que la portion du legs qui est à sa charge à raison de sa part héréditaire, aura un recours contre ses cōpartageants ; inutile d'insister sur ce point, qui ne fait l'objet d'aucune controverse.

La loi belge de 1851, ayant abrogé l'hypothèque légale des légataires, la question de savoir si les détenteurs des immeubles affectés par le testateur à la garantie des legs seront tenus pour le tout ou seulement pour leur part, ne peut plus se poser avec le système de l'hypothèque testamentaire. On n'a qu'à appliquer le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Les débiteurs d'un legs, détenteurs d'un immeuble affecté par le testateur à la garantie de sa libéralité, seront nécessairement tenus pour le tout.

CHAPITRE V

EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE.

L'hypothèque des légataires s'éteint par tous les modes d'extinction habituels des hypothèques en général, prévues par l'article 2180 et par les causes que ce texte ne prévoit pas. La renonciation tacite ou expresse du légataire à son hypothèque, la purge, la prescription éteignent l'hypothèque de l'article 1017 sous les conditions exigées par l'article 2180. Ces causes ne donnant lieu à aucune observation intéressante, nous nous contentons d'un simple renvoi au droit commun.

D'autres causes d'extinction qui ne sont pas énumérées à l'article 2180 s'appliquent aussi à l'hypothèque des légataires. Telle est la perte totale de l'immeuble qui sert d'assiette à l'hypothèque de l'article 1017 ; au cas de perte partielle, l'hypothèque continue à porter sur la partie épargnée de l'immeuble ; il est juste que le légataire supporte la perte fortuite comme il profite des améliorations naturelles ou accidentelles. Bien entendu, les légataires, dans le cas où l'immeuble héréditaire grevé de l'hypothèque aurait été assuré avant sa perte, pourraient, comme tout autre créancier hypothécaire, invoquer la loi du 13 février 1889, pour se faire

attribuer à leur rang de préférence l'indemnité d'assurance due par la compagnie.

Nous n'avons pas parlé de l'extinction de l'hypothèque qui résulte de l'extinction de l'obligation principale. Ce mode appelle cependant quelques observations. L'obligation principale, qui résulte du legs, consiste généralement dans le fait pour le débiteur du legs de remettre entre les mains de son bénéficiaire les choses qui le composent ; c'est ce qu'on appelle opérer la délivrance du legs. Cette délivrance peut se faire de différentes manières. Dans l'hypothèse la plus simple, le débiteur du legs remettra au légataire l'objet du legs ; cet acte correspond au paiement de la dette hypothécaire ; la dette étant éteinte, l'hypothèque, droit accessoire, suit nécessairement le même sort : *accessorium sequitur principale*.

Parfois la délivrance du legs n'apparaîtra pas aussi nettement. Elle pourra résulter d'un acte d'attribution équivalent à la délivrance, sans que celle-ci soit effective, matérielle (1). Nous en avons eu un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1876 (2) que nous avons cité lorsque nous avons traité de la question de savoir contre qui était donnée l'hypothèque des légataires. Dans l'espèce posée devant la Cour, un héritier demandait la radiation de l'hypothèque légale de l'article 1017 qui garantissait le paiement d'une somme

(1) Poitiers, 2 juillet 1884.

(2) Sirey, 1877, 1, 244.

léguee dont le testateur lui avait laissé l'usufruit. Le légataire émettait la prétention de conserver son hypothèque pour sûreté de l'exécution du legs au décès de l'héritier. La Cour suprême donna gain de cause à ce dernier. L'hypothèque, disait-elle, n'existe plus ; il s'était produit, en effet, une véritable *traditio brevi manu* qui équivalait à la délivrance. Le légataire n'était plus qu'un nu propriétaire vis-à-vis de l'héritier devenu usufruitier ; celui-ci, détenant la somme à titre d'usufruitier était astreint à fournir caution, mais il n'était plus soumis à l'hypothèque du légataire.

Dans une autre hypothèse, la Cour de Lyon a jugé (1) que « les affectations hypothécaires, consenties par le légataire universel au profit des légataires à terme, constituent des actes de délivrance ». Cette décision est la conséquence de cette doctrine que l'hypothèque légale est éteinte et fait place à l'hypothèque conventionnelle consentie par le débiteur du legs.

Dans les deux cas que nous venons d'envisager il y a interversion de titre engendrée par une novation par changement d'objet. Dans l'un, le légataire n'est plus créancier d'un legs en vertu du testament qui le gratifie, il tient désormais son droit de son titre de nu propriétaire. Dans l'autre, il a renoncé à l'avantage que lui donnait son titre de légataire pour devenir créancier personnel du légataire universel qu'il a agréé comme

(1) Lyon, 15 novembre 1888, Dalloz, 1890, 2, 232.

débiteur personnel, en acceptant une hypothèque conventionnelle à la place de son hypothèque légale. Il en sera ainsi chaque fois que le légataire consentira à modifier la cause qui le fait créancier.

Remarquons, que, dans tous ces cas, en même temps qu'il perdra le bénéfice de son hypothèque légale, il sera non recevable à invoquer la séparation des patrimoines, puisqu'il aura accepté l'héritier pour débiteur (art. 879).

APPENDICE

PARALLÈLE ENTRE L'HYPOTHÈQUE DU LÉGATAIRE ET LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Avant d'arrêter ici notre travail, il n'est passans intérêt de faire un bref rapprochement entre l'hypothèque du légataire qui a été l'objet unique de notre étude, et une autre sûreté, la séparation des patrimoines que nous avons laissée volontairement dans l'ombre. Nous donnerons ainsi un rapide aperçu des avantages et des inconvénients respectifs de ces deux institutions qui sont le double fondement sur lequel repose le système de protection des légataires établi par notre droit moderne.

Tout d'abord leur origine distincte est à signaler : la séparation des patrimoines a trouvé naissance dans l'édit du prêteur ; l'hypothèque est issue d'une constitution de Justinien.

Si nous comparons leur champ d'action au seul point de vue du légataire, nous constatons entre elles des ressemblances et des différences.

Toutes deux constituent une protection, inégale d'ailleurs, pour les légataires particuliers contre les héritiers ou les légataires universels ou à titre universel ; l'une, la séparation, embrasse tous les biens héréditaires.

ditaires, meubles ou immeubles ; l'hypothèque, au contraire, ne s'applique qu'aux objets immobiliers.

La comparaison des effets de ces deux institutions marque entre elles des différences encore plus profondes. Tandis que l'hypothèque engendre un droit de préférence et un droit de suite, pourvu qu'elle soit inscrite avant la transcription de l'aliénation, la séparation des patrimoines, du moins selon l'opinion générale, n'accorde qu'un droit de préférence, compensé, il est vrai, par l'effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession qui y est attaché, lorsqu'elle est inscrite dans les six mois du décès du testateur.

L'inscription de la séparation prise dans les délais légaux sera un précieux secours pour les légataires que la seule inscription de leur hypothèque ne sauverait pas du préjudice d'inscriptions antérieures. Selon les cas, par conséquent, l'une ou l'autre sera préférable. L'héritier a-t-il aliéné un immeuble de la succession, la séparation n'aura aucun effet ; l'hypothèque, inscrite avant la transcription de l'acquéreur, donnera au légataire le droit de poursuivre l'immeuble entre les mains du tiers détenteur. L'héritier consent-il, peu après l'ouverture de la succession, une hypothèque aussitôt inscrite, l'hypothèque postérieurement inscrite du légataire produira un effet incertain, peut-être nul ; si le légataire se trouve encore dans les six mois du décès du testateur, la séparation des patrimoines lui permettra de primer le créancier hypothécaire.

Ensuite, le bénéfice d'indivisibilité attachée assez inconsiderément, comme nous l'avons dit, par le législateur à l'hypothèque du légataire est la plus sûre garantie de celui-ci contre l'insolvabilité d'un des héritiers ; il peut se faire payer la totalité du legs par celui qui détient un immeuble héréditaire ; la séparation ne lui donne qu'un droit divisible.

Enfin, une dernière considération marque la supériorité de l'hypothèque sur la séparation des patrimoines. Pour avoir le bénéfice de celle-ci, il faut la demander et, pour l'obtenir, éviter de se compromettre avec les héritiers par des relations telles qu'on puisse les considérer comme une acceptation de ceux-ci pour débiteurs. Ces chances d'extinction ne sont pas à craindre avec l'hypothèque ; donnée par la loi, elle n'est pas soumise aux causes de déchéance de la séparation des patrimoines.

Constatons, en terminant, que cette dualité de sûretés en faveur des légataires est peu en harmonie avec nos idées juridiques modernes, et souhaitons qu'une refonte générale de notre système hypothécaire vienne rétablir une unité désirable. Soyons juste en remarquant que la réforme, déjà tentée en 1850, a malheureusement échoué, tandis que nos voisins plus heureux ont pu voir apporter à leur législation des modifications utiles.

Signalons particulièrement la loi belge de 1851 que nous nous sommes plu à opposer souvent à la loi fran-

çaise. En remplaçant l'hypothèque légale par l'hypothèque testamentaire, la Belgique a aplani bien des difficultés et fait cesser bien des controverses. Elle a éclairci bien des points obscurs concernant la séparation des patrimoines. Elle a ouvert un crédit plus large à l'héritier tout en accordant sa protection au légataire, elle a desserré les liens qui entravaient la libre circulation des biens héréditaires, tout en assurant l'exécution des volontés testamentaires.

Vu :

Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur :

L'Inspecteur de l'Académie,
EVELIN.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
HISTORIQUE	3
§ 1. — L'hypothèque du légataire en droit romain . .	3
§ 2. — L'hypothèque du légataire dans l'ancien droit .	10
CHAPITRE I. — Existence et nature de l'hypothèque du légataire	17
SECTION I. — <i>Existence de l'hypothèque du légataire</i> . . .	17
§ 1. — Système niant l'existence de l'hypothèque du légataire.	18
§ 2. — Système confondant l'hypothèque du légataire avec la séparation des patrimoines	26
§ 3. — Système attribuant à l'hypothèque du légataire une existence distincte de la séparation des patrimoines	32
SECTION II. — <i>Nature de l'hypothèque du légataire</i>	39
CHAPITRE II. — Étendue et assiette de l'hypothèque du légataire.	44
SECTION I. — <i>A quels légataires est accordée l'hypothèque légale</i>	44
SECTION II. — <i>Contre quels débiteurs est accordée l'hypo- thèque du légataire</i>	50
SECTION III. — <i>Biens soumis à l'hypothèque du légataire.</i> .	56

CHAPITRE III. — Inscription de l'hypothèque du légataire	70
CHAPITRE IV. — Effets de l'hypothèque du légataire . .	84
SECTION I. — <i>Du droit de préférence.</i>	84
SECTION II. — <i>Du droit de suite</i>	93
SECTION III. — <i>Du bénéfice d'indivisibilité</i>	96
CHAPITRE V. — Extinction de l'hypothèque du légataire	108
APPENDICE. — <i>Parallèle entre l'hypothèque du légataire et la séparation des patrimoines</i>	113

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
